

---

# Presupuestos teórico jurídicos de los contratos biojurídicos

## *Legal Theoretical Assumptions of Biolegal Contracts*

Nuria BELLOSO MARTÍN

Catedrática Acreditada de Filosofía del Derecho  
Universidad de Burgos  
nubello@ubu.es

RECIBIDO: 01/12/2015 // ACEPTADO: 19/05/2016

---

**Resumen:** Los contratos biojurídicos revisten hoy especial interés para los iusfilósofos. Las posibilidades abiertas por la tecnología obligan a examinar algunos de esos contratos con criterios que van más allá de la libertad de contratar y la autonomía negocial por motivos que van de la vulneración de la dignidad humana a la alteración del orden público. En este trabajo usaremos como paradigma el contrato de gestación por sustitución prestando especial atención a la relación de justicia que subyace en este tipo de contratos.

**Palabras clave:** justicia; contrato; gestación por sustitución; biojurídica.

**Abstract:** The biolegal contracts are particularly interesting to legal philosophers nowadays. The possibilities opened up by new technologies require to examine some of these contracts with criteria that go beyond freedom of contract and autonomy for reasons ranging from the violation of human dignity to the disruption of public order. In this paper we will use the gestational surrogacy agreement as paradigmatic, with particular attention to the relationship of justice underlying these contracts.

**Keywords:** justice; contract; gestational surrogacy; bio-legal.

## INTRODUCCIÓN

Como consecuencia de los avances científicos y tecnológicos nuestra realidad social contempla una variedad de situaciones que abogan por renovar el marco jurídico actual, especialmente en el ámbito del bioderecho<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Nos decantamos por dar mayor énfasis al bioderecho (y no a la bioética) en la línea apuntada por D'Agostino. Quizá, el protagonismo de la Bioética en detrimento del bioderecho haya sido consecuencia de entender el estatuto del derecho como débil y secundario en relación con las decisiones éticas y políticas. Al derecho le correspondería un papel meramente instrumental. El modo correcto de enfrentarse a la cuestión –apunta D'Agostino– es pensar en ambos como dos códigos binarios diversos. Concretamente, la Bioética responde al código bien/mal y tiene su espacio en la relación interpersonal; el bioderecho corresponde al código justo/injusto que hace referencia a las relaciones socio-institucionales. Cfr. F. D'AGOSTINO, «Dalla Bioetica al Biodiritto (e alla Biopolitica)», disponible en <[www.cattolici-liberali.com/biopolitica/publicazioni/Documentazione/dalla\\_bioetica\\_biodiritto\\_biopolitica.pdf](http://www.cattolici-liberali.com/biopolitica/publicazioni/Documentazione/dalla_bioetica_biodiritto_biopolitica.pdf)>. Cfr. también, F. D'AGOSTINO y L. PALAZZANI, *Bioetica, nozioni fondamentali*, La Scuola, Brescia, 2007; S. AMATO, «Caratteri del Biodiritto», *Rivista di filosofia del Diritto*, 1 (giugno, 2013), pp. 31-50.

y de la bioética<sup>2</sup>. En algunos casos, como en el de la atribución de la maternidad o paternidad en la reproducción asistida, se trata de forzar el sentido tradicional de las normas; en otros aportan datos, como la determinación genética de una enfermedad, que afectan en el mundo laboral o de los seguros.

Cada vez resulta más equívoco y engañoso acudir a los esquemas clásicos. Piénsese en las acciones de *wrongful birth* con respecto al concepto de daño; la extensión de los poderes del representante legal o del administrador de apoyo en cuestiones de final de vida; el testamento vital frente al testamento *mortis causa*, al *right to be forgotten* o el *right to data deletion* en todos los problemas biométricos relacionados con la noción de privacidad; la propiedad intelectual frente a la «patentabilidad» de la vida humana; las nuevas perspectivas del derecho de sucesión con respecto al semen congelado, a los embriones congelados, al cadáver o al material y pensamientos presentes en el *stream* de Facebook o en Twitter, o las fotos en Dropbox o los datos presentes en un archivo

---

<sup>2</sup> Asumimos la distinción conceptual propuesta por Aparisi: bioética es la rama del saber ético del que recibe el estatuto epistemológico básico y con el que mantiene una relación de dependencia justificadora y orientadora; el bioderecho aborda el estudio de los fenómenos bioéticos y los conflictos que surgen en las relaciones humanas, como consecuencia de la incorporación de las nuevas tecnologías desde la perspectiva de la ciencia jurídica y la biojurídica: reflexiona sobre las normas vigentes a la luz del principio de la dignidad humana y de los derechos humanos. Cfr. A. APARISI, «Bioética, bioderecho y biojurídica», *Anuario de Filosofía del derecho*, n° 24 (2007), pp. 63-84. Nuestra preferencia por el término biojurídica deriva de la influencia de la doctrina italiana y difusión del término en Italia. Sin ánimo de exhaustividad cfr. F. D'AGOSTINO («Dalla Bioetica alla Biogiuridica», en C. ROMANO y G. GRASSANI (eds.), *Bioética*, UTET, Turín, 1995, pp. 99-204 y S. AMATO, *Filosofia della biogiuridica*, UIMP, Valencia, 1998. Como apunta Aparisi en el texto mencionado, se puede advertir una mayor preferencia por el término «bioderecho» o «biolegislación» en aquellos autores que provienen de ramas específicas de la ciencia jurídica, mientras que la expresión «biojurídica» suele gozar de mayor aceptación en trabajos propios del ámbito de la Filosofía del derecho; Palazzani se manifiesta en este mismo sentido, cuando sostiene que los términos «biojurídica» y «bioderecho», distintos en la lengua italiana pero no en otras lenguas, remiten a disciplinas académicas que pueden encuadrarse, respectivamente, en el ámbito de la Filosofía del derecho y del Derecho privado, cfr. L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, G. Giappichelli, Torino, 2002, 54. Añade Aparisi que «lo que en este caso se presenta a los filósofos del derecho es un ámbito de trabajo que siempre nos ha pertenecido, pero que, en la práctica, todavía se encuentra sin roturar: elaborar una biojurídica, ni moral, ni política, sino estrictamente jurídica» (cit., p. 81). Así, entre las funciones que un filósofo del Derecho podría desarrollar en la biojurídica, cabe destacar: i) Un desarrollo conceptual; ii) La dimensión axiológica; iii) un análisis de la cuestión relativa a la intersección entre el bioderecho y la realidad social. «El objeto de su deliberación, por ello, no son simples fenómenos físicos, sino conductas, acciones y decisiones humanas» (APARISI, cit., p. 83), lo cual, en contratos biojurídicos, se evidencia con nitidez. Sobre la Biojurídica en España, cfr. A. M. MARCOS, «La biojurídica en España», *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. IV, serie LXXI (1994).

informático cualquiera protegido con contraseña (*Digital Inheritance*). Todo ello permite percibir que la dimensión jurídica tradicionalmente conocida no resulta adecuada con respecto a la vida cotidiana<sup>3</sup>.

La necesidad de superar los esquemas clásicos no viene sólo provocada por la influencia de los nuevos avances de la ciencia, de la técnica y de la medicina en la vida social. El Derecho, sus categorías y divisiones clásicas entre Derecho público y Derecho privado, también debe realizar algunos ajustes. Como sabemos, las dos clases de relaciones, entre los particulares y de éstos con el Estado, dan lugar a las respectivas concepciones sobre el Derecho privado y el Derecho público. Esta tradicional bipartición del Derecho, ha tenido distintas interpretaciones y sentidos a lo largo de la historia, como consecuencia, entre otras cosas, del diverso poder y papel del poder público. Desde el Derecho romano<sup>4</sup> a la Edad Moderna, donde se diferencia entre el Derecho privado<sup>5</sup>, que se ocupa de los convenios entre particulares y su comercio y todo lo que puede regularse entre ellos para prevenir sus diferencias y para acabarlas, y el Derecho público, que trata de cómo llega al poder el soberano, sus derechos, la administración de justicia, la milicia, las finanzas, las autoridades y otras materias. La Edad Contemporánea dejó entrever la pugna entre las tendencias liberales y las intervencionistas sobre la prevalen-

<sup>3</sup> Ballesteros ha apuntado tres reduccionismos antropológicos que conducen a errores en la bio-jurídica: a) el reduccionismo dualista. La negación de derechos a los no conscientes, b) el utilitarismo, que da prioridad a los animales sentientes sobre los seres humanos no sentientes y c) la sociobiología que se apoya en una interpretación determinista de la genética según la cual el ser humano se reduce a genoma. Cfr. J. BALLESTEROS, «Exigencias de la dignidad humana en Biojurídica», J. BALLESTEROS y A. APARISI, *Bioteología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*, Euns, Pamplona, 2004, 43 y ss.

<sup>4</sup> Según la conocida definición de Ulpiano (D.1.1.1<sup>o</sup>.2) «dos son las posiciones en este estudio: el público y el privado. Es Derecho público el que respecta al estado de la república; privado, el que respecta a la utilidad de los particulares, pues hay cosas de utilidad pública y otras de utilidad privada». La referencia tiene interés a pesar de que, como es sabido, no tuviera virtualidad práctica.

<sup>5</sup> «¿Qué es el Derecho privado?» Una posible respuesta a esta pregunta es descriptiva: en el Derecho privado, existe un derecho a la integridad corporal, existen derechos de propiedad, hay derechos contractuales, existen derechos de reexpedición de enriquecimiento injusto, etc. [...] La existencia de tales derechos correlativos se justifica en relación con fines públicos. Las exigencias de la justicia correctiva influyen en que el Derecho privado sirva para fines públicos (p.4) (La traducción es nuestra). «Not only legal theorists, even some renowned legal philosophers seem to think that this matter, mysterious as it stands, would need no further normative, but at best sociological illumination» (p.4). (F. RÖDL, «State Support for the Poor under the Order of Equal Freedom? On the Missing Link between Kantian Private Law and the Modern State», p. 3). <[www.uva.nl/...contract.../2014-03-10-rod1\\_paper-a](http://www.uva.nl/...contract.../2014-03-10-rod1_paper-a)> [acceso el 27.04.2016].

cia de uno y otro Derecho. Progresivamente, al incrementarse la actividad legislativa y el número de leyes que obligan a los jueces, se reduce el ámbito de autonomía para la ley privada a la vez que el intervencionismo estatal se realiza por leyes especiales y cambiantes que reducen progresivamente el ámbito del Derecho privado. En el ámbito del Derecho privado se incluye el Derecho civil, el Derecho mercantil y los que regulan las relaciones entre los particulares en un plano de igualdad aunque estén sometidos a normas públicas de control.

Actualmente, la globalización, la hiperinflación legislativa, la infralegislación, las nuevas materias que se van desgajando de las disciplinas tradicionales como el Derecho notarial y otros, hace que cada vez resulte más difícil deslindar con nitidez si un problema debe examinarse conforme a los principios del Derecho público o del Derecho privado. El ámbito de los negocios jurídicos que, tradicionalmente se examinaban exclusivamente a la luz del Derecho Civil, están siendo inevitablemente invadidos por normas de carácter público, como se pone de manifiesto en los contratos biojurídicos. En este tipo de contratos, junto al Derecho Internacional Privado y el Derecho Civil, la Teoría y la Filosofía jurídicas resultan imprescindibles para arrojar luz sobre una adecuada interpretación de la normativa y su aplicación a negocios jurídicos que inciden claramente en la dignidad humana.

Entre los años 60 y 70 dominaba el principio de intangibilidad de la autonomía privada en la doctrina del negocio jurídico. El concurso de la voluntad de las partes en la determinación y concreción del acuerdo contractual gozaba de primacía. Sin embargo, en el siglo XXI, la situación ha cambiado con la entrada de los contratos de masa o la normativa de la tutela de los derechos del consumidor. En estas materias, el legislador ha visto la posición de «debilidad» de una de las partes contratantes, por lo que interviene integrando el acuerdo con las disposiciones dirigidas a reequilibrar el desequilibrio derivado de la contratación<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Uno de los méritos de Rodotà es el de haber subrayado cómo las normas dirigidas a integrar el contrato tengan no ya la función de colmar las lagunas de la normativa reguladora contractual, sino la de «insertar» el contrato en la situación socio-económica en la que se forma. La autonomía privada permanece siempre como el motor del contrato, desde el momento que sin acuerdo de las partes el negocio no puede llegar a existencia, pero una vez formado, esto está sujeto a la intervención de eventuales y ulteriores fuentes, expresión de interés y principios del ordenamiento diversos de la voluntad de las partes externos a la misma. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004.

La venta de órganos, las patentes sobre genes, el pretendido derecho a la maternidad/paternidad<sup>7</sup> y otros, aunque han sido objeto de regulación legal (nacional e internacional), cuando se convierten en prácticas objeto y causa de contratos y negocios jurídicos, deberían de ser sometidas a la valoración que la justicia pueda aportar<sup>8</sup>. En este trabajo, nos vamos a ocupar en primer lugar, de analizar algunos paradigmas de la justicia en su aplicación a la teoría de los contratos, prestando especial atención a los contratos biojurídicos. En segundo lugar, estudiaremos una modalidad de este tipo de acuerdos, como el de la gestación por sustitución, con la finalidad de poner de manifiesto su complejidad y comprobar la viabilidad de aplicarle los criterios de la justicia contractual.

## 1. PRESUPUESTOS DE UNA TEORÍA DE LA CONTRATACIÓN

Comenzaremos analizando algunos de los presupuestos que permitirán establecer si, en los contratos de carácter biojurídico, la justicia desempeña un papel relevante o si, por el contrario, continúa primando el postulado liberalista (en su versión libertarista) de la autonomía privada, de la defensa de

---

<sup>7</sup> Se intenta, entre otras acciones, mediante «piruetas legales» forzar la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida 14/2006 –LTRHA– y, aplicando la teoría de los contratos, revestir de legalidad acuerdos que resultan sospechosos de lesionar derechos de algunas de las partes que se ven afectadas por los mismos. Según Farnós Amorós, la práctica de «turismo reproductivo» tiene lugar cuando un individuo o una pareja viaja al extranjero para acceder a las Técnicas de Reproducción Asistida. De hecho, cada vez son más los individuos que viajan a otros países de la UE para evadir las legislaciones restrictivas de sus países de origen en materia de TRA. Incluso, esta conducta podría calificarse como un fenómeno de desobediencia civil. Advierte que las normas pensadas para la determinación de la filiación por naturaleza, cuyo fundamento es la verdad biológica, no acaban de encajar en un sistema en el cual prevalece la voluntad, como es el derivado del recurso a la reproducción asistida. (E. FARNÓS AMORÓS, «La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología», *ADC*, tomo LXVIII (2015), fasc. I, espec. pp. 30 y ss. <[www.boe.es/publicaciones/.../abrir\\_pdf.php?id.](http://www.boe.es/publicaciones/.../abrir_pdf.php?id.)>).

<sup>8</sup> La conveniencia de la aplicación de determinadas categorías de la justicia a acuerdos en el Derecho privado, ha sido sustentada por Papayannis en relación a la justicia correctiva en su aplicación al derecho de daños. Nos sumamos a su defensa de una filosofía del derecho privado. Actualmente, las referencias a Aristóteles, la justicia distributiva y correctiva es más habitual, pero lo cierto es que ni la Filosofía del derecho ni el Derecho civil habían sacado verdadero partido a estas categorías. La justicia conmutativa, al tratar de los contratos sinalagmáticos, había sido objeto de atención por los tratadistas, pero casi siempre de modo superficial. *Vid.* D. M. PAPA-YANNIS (ed.) *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2013, p. 14.

la libre decisión y de la máxima de la felicidad individual. Para ello, vamos a partir del análisis de algunos de los presupuestos que delinean la teoría de la contratación en la actualidad, como es el del *soft law* y la de la incidencia de la normativa de la Unión Europea sobre prácticas biojurídicas, respecto de la cual, indagaremos si va acompañada de una cierta moral<sup>9</sup>.

Cada disciplina tiene su propio marco de actuación. Cuando hay una controversia relacionada con la medicina y las nuevas técnicas, se tiende a llevarla al ámbito de la ética, por tanto, al de la conciencia y la moral. Es decir, suele haber una resistencia a plasmar en normas jurídicas límites o conclusiones y más aún, de la posibilidad de que tales soluciones se vean respaldadas por sanciones típicamente jurídicas. Se considera que estamos ante problemáticas que deben ser resueltas por la moral o por la ciencia y no por el derecho. Se añade que el derecho no debe hacer uso de la coacción estatal, ya que se trata de problemas de conciencia<sup>10</sup>.

### 1.1. *De un hard law a un soft law*

Tiene sentido que la distinción haya nacido en el ámbito anglosajón pero no resultan tan justificadas en nuestro derecho continental europeo. En aquél, el *soft law* se suele identificar habitualmente como una fuente privada, a lo que se suma que normalmente la regla así elaborada tiene un carácter no vinculante. Sin embargo, a esta fuente privada pueden recurrir sujetos públicos, como demuestra la experiencia de la Unión Europea. Esto produce como consecuencia importante que el *soft law* no se pueda reconducir a una sola fuente ni a una sola tipología ya que de él emergen distintos niveles de obligatoriedad, formal e informal.

<sup>9</sup> Acerca de la bioética y sus principios nos remitimos a las obras de autores especializados en el tema: N. BLÁZQUEZ, *Bioética: la nueva ciencia de la vida*, BAC, Madrid, 2000; MALIANDI, «Ética y biotecnología: cuestión de principios», en *Agora Philosophica, Revista Marplatense de Filosofía*, 5/6, Año III (diciembre, 2002), pp. 7-39. Disponible en <[www.agoraphilosophica.com/Agora5-6/agora5-6-Maliandi.pdf](http://www.agoraphilosophica.com/Agora5-6/agora5-6-Maliandi.pdf)> [acceso el 15.12.2015]. Maliandi presta especial atención los principios de precaución y exploración, por una parte, y a los de no-discriminación y respeto de la diversidad, por otra.

<sup>10</sup> Como advierte Aparisi, a esta situación se suma un problema añadido, como es el de los grandes intereses que subyacen a algunas de las nuevas biotecnologías. Cfr. A. APARISI, «Fundamentos filosófico-jurídicos del Bioderecho», en *Bioética y Bioderecho. Actas del Congreso internacional Soluciones jurídicas en el ámbito de la manipulación genética dentro del marco de la política Euro-Mediterránea*, SFD, Córdoba, 2009, pp. 42-43.

Rodotà apunta dos fenómenos en el origen del profundo cambio: la globalización y la innovación científica y tecnológica. Un mundo ilimitado, que minimiza las fronteras nacionales, descubre un vacío de Derecho. Un mundo en continuo cambio demanda una flexibilidad, incluso de la norma jurídica, que contrasta con la estructura rígida de la tradicional técnica normativa. En estas circunstancias, cabe pensar que el *hard law* se muestra poco adecuado y que tal vez el *soft law* pudiera desempeñar mejor su papel. Porque si se opta por una regulación flexible, la elasticidad de las normas no se limitará a la anterior basada en la definición por parte del legislador de principios y cláusulas generales que ciertos sujetos (jueces y tribunales) han de adoptar al caso concreto<sup>11</sup>.

Actualmente, en el espacio global, no llama tanto la atención la ausencia de reglas cuanto la imposibilidad de efectiva aplicación de las existentes. Pero con dos consecuencias: la fuerza de la ley se sustituye por la de las relaciones de fuerza: la regla de fuente pública se sustituye por la de fuente privada<sup>12</sup>.

Desde hace tiempo, en el ámbito del *hard law* ya se viene hablando de legislación negociada o contratada, refiriéndose así a un proceso legislativo en el que los destinatarios de la norma no son considerados extraños, sujetos que reciben pasivamente un mandato legislativo, sino actores a los que necesariamente hay que consultar e implicar. De ahí «el deslizamiento progresivo hacia otras formas de regulación jurídica y hacia otros sujetos de regulación, reunidos en forma de *soft law*»<sup>13</sup>. Es una forma de recomposición unitaria informal y esporádica a través de parámetros internacionales, códigos «certificados» que marcan «una zona donde el derecho fuerte (*hard law*) se desliza hacia el derecho suave (*soft law*)»<sup>14</sup>. En este marco integrado se manifiesta la extraña

<sup>11</sup> Como apunta Rodotà: «este circuito institucional se modifica ahora con la previsión legislativa de códigos deontológicos y de procedimientos de colaboración entre sujetos públicos y privados que excluyen la presencia del Parlamento [...] La presencia de derechos fundamentales exige que el paso del *soft* al *hard law* quede siempre abierto, como demuestra la experiencia de la Unión Europea con el paso de recomendaciones a Directivas» (S. RODOTÀ, «Códigos de conducta: entre *hard law* y *soft law*», en A. REAL PÉREZ (coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II Congresos Internacionales «Códigos de Conducta y Mercado»*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 29).

<sup>12</sup> «El proceso entero denominado con la palabra desregulación, por ejemplo, describe no una situación en la cual disminuye la presencia social y económica de la regla jurídica, sino la transferencia de poder normativo del sector público al privado, que puede incluso contribuir al crecimiento y multiplicación de las reglas en caso de que viniera a menos la unificación de la disciplina que la norma estatal hizo posible» (RODOTÀ, «Códigos...», cit., p. 21).

<sup>13</sup> *Ibid.*, 22.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

paradoja que plantea la necesidad de una intervención normativa que dé orden y rigor a las relaciones. Por otra parte, sin embargo, toda intervención –con independencia de cómo se lleve a cabo– resulta inadecuada: demasiado rígida o demasiado abierta. Lo anterior podría interpretarse en función de lo que dicha intervención obstaculiza o podría obstaculizar (el temor al paternalismo legal) o bien a la luz de sus posibles efectos/consecuencias (el temor a la pendiente resbaladiza (*slippery slope*)).

### 1.2. *La incidencia de la moral que emana desde la Unión Europea*

El año 1991 tendría que haber marcado la incorporación «oficial» de la bioética al marco de los procesos políticos de la Unión europea porque, al instituir el *Group of Advisers of the Ethical Implications of Biotechnology*, se pretendía declarar de forma explícita que «la integración europea tiene que significar más que la simple creación de un mercado único; el progreso de las ciencias y la tecnología tiene que hacerse con una dimensión ética; de lo contrario, no será posible dar pie a la noción de ciudadanía europea».

Las consecuencias más evidentes de tal afirmación se han concretado en el Convenio de Oviedo, de 1997, para la «protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina» y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada mediante la ratificación por España del Tratado de Lisboa (Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio)<sup>15</sup>, que recoge algunos de los elementos más relevantes del Convenio de Oviedo y, en especial, el principio según el cual «el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro» (art. 21 del Convenio de Oviedo y art. 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales)<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-13033>> [acceso el 28.12.2015].

<sup>16</sup> Amato llama la atención con respecto a la particular estructura que asume la formulación de las normas, sobre todo en el ámbito de las Instituciones europeas. Veamos algunos ejemplos. La Directiva sobre la patente biotecnológica de 1998 está caracterizada por 56 «considerandos» y 18 artículos. La Directiva del 31 de marzo de 2004, sobre los biobancos de células y tejidos humanos, contiene 35 «considerandos» y 33 artículos. La Directiva 3 de junio de 2010, sobre la protección de los animales usados con fines científicos, contiene 56 «considerandos» y 61 artículos. Esta mezcla de premisas y normas específicas es característica de todas las medidas comunitarias. En los casos citados no se trata solo de reseñar los distintos tratados y de justificar su relación con la legislación de cada país, sino de delinear una moral subyacente que casi se superpone al dictado normativo.



Los contornos del bioderecho consisten en todos estos elementos (sub-política, praxis, mercado, ciencia y mercado, ciencia y poder, mercado y poder) antes que en las declaraciones internacionales que se han llevado a cabo en los últimos años con el fin de afirmar que «El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia» (art. 2 del Convenio de Oviedo; art. 3 de la Declaración Universal sobre Bioética).

Desde una perspectiva más amplia, MacIntyre apunta que la regulación, en el mundo contemporáneo, resulta tan problemática porque faltan referentes éticos de lo que son responsables la sociedad liberal y el capitalismo, que sólo buscan el propio interés y la satisfacción egoísta de las necesidades individuales. En su opinión, el recurso masivo al derecho se produce cuando los sistemas morales han fracasado y es necesario dar una respuesta política al vacío moral. Es decir, en la esfera jurídica, la falta de homogeneidad ética obliga a la proliferación legislativa. Cuantas más diferencias hay en las concepciones éticas de las diferentes personas y grupos de personas, mayor debe ser la labor de creación jurídico-legislativa, regulando con mayor amplitud zonas que antes quedaban al amparo de la ética y de las convicciones comunes compartidas. En resumidas cuentas, según MacIntyre, a falta de una ética común, sólo queda el recurso a la regulación jurídica<sup>17</sup>.

La responsabilidad ética implica la capacidad del ser humano de responder por los actos que realiza y de las consecuencias de esos actos en su contenido ético. La voluntariedad es la que permite hablar de responsabilidad ética. Puede haber elementos que la modifiquen, bien sea en el ámbito del conocimiento o en el del consentimiento. Si falta conocimiento si se ignoran los efectos negativos que una decisión puede provocar, nos encontramos ante un problema de determinación de la responsabilidad. Pero si esos efectos negativos son conocidos, pero se es obligado a dar el consentimiento, tampoco cabe hablar de culpabilidad de quien decide una acción ilícita.

Según la terminología clásica, en el ámbito del consentimiento, puede existir ignorancia o inadvertencia. La ignorancia puede a su vez ser: invencible, vencible y procurada. No todas las faltas en el obrar tienen la misma causa;

---

<sup>17</sup> A. MACINTYRE, «Regulation: A Substitute for Morality», Hastings Center Report, 10/1 (febrero 1980), p. 31. Citado también por R. RAMIS BARCELÓ, «MacIntyre y el liberalismo: la correlación entre la ausencia de la moral compartida y la proliferación legislativa», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, Universidad de Granada, 2011, pp. 347-348.

precisamente el grado de voluntad y de la capacidad que exista para salir de la ignorancia es lo que permite hablar de tres grados en ella.

Pero la falta de consentimiento puede estar motivada también por cuestiones relativas a la acción. En el plano físico, la coacción o la violencia de terceros, o bien la propia incapacidad física por enajenación mental, ebriedad, etc.; en el plano psico-afectivo el miedo, pavor u otros sentimientos o impulsos extremos podrían llevar a realizar acciones que no son en realidad queridas; en el plano volitivo podrían existir hábitos negativos férreamente arraigados que han dejado a la voluntad incapacitada para dar su consentimiento. Finalmente, en el plano de las circunstancias y factores sociológicos, la voluntariedad podría verse modificada por razones de presión ambiental<sup>18</sup>. Hay ocasiones en que no resulta fácil discernir cuál sería la opción más ética, especialmente cuando hay varios valores enfrentados, como en el caso de la objeción de conciencia.

Por último, y en cuanto al contrato concreto al que vamos a referirnos en este trabajo, la gestación por sustitución, la normativa internacional deja claro que aquellos sujetos de derecho que no puedan hacer valer sus derechos por sí mismos, no pueden quedar fuera de su protección y garantías<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> En cuanto a los efectos éticamente negativos no deseados, el criterio general en actuaciones que tienen efectos sobre terceros es que se debe inducir y cooperar al bien tanto como sea posible y evitar inducir o cooperar al mal en todos los casos. El problema surge cuando aparecen situaciones en que de la acción que se va a realizar se desprende un efecto negativo no deseado y existen presiones para cooperar en la decisión. ¿Qué hacer? ¿Es lícito, éticamente hablando, participar o colaborar en acciones que suponen una cooperación al mal?

<sup>19</sup> Así, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 24.2, establece: «2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial». Es decir, está en la línea de las normativas y Tratados internacionales en los que se establece como eje orientador el interés superior del menor. En este mismo ámbito europeo, en una de las pocas sentencias relacionadas con la gestación por sustitución, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que denegar el permiso retribuido por maternidad o adopción a las mujeres, madres a través del vientre de alquiler, no constituye un trato discriminatorio por razón de sexo. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de marzo de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por The Equality Tribunal – Irlanda) – Z/A Government department and the Board of management of a community school. (Asunto C-363/12).

También, cabe destacar el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España, establece que el interés superior del niño debe constituir una «consideración primordial».

## 2. DE LA LIBERTAD A LA JUSTICIA DE LOS CONTRATOS

Entre el siglo XIX y el siglo XX, el individuo (sujeto) y la propiedad se han perfilado como espacios dentro de los cuales se han vertido y definido todas las tensiones de una sociedad que estaba cambiando a un ritmo vertiginoso. La modernidad nos presentó el Derecho Civil como un sistema único, completo, cerrado y universalista. Se delineó el contrato moderno a partir de una extrema valorización de la libertad contractual, como clara expresión de la libertad individual. El contrato reflejaba una efectiva concreción de la autonomía individual (libertad para contratar, escoger con quién hacerlo y qué contratar).

El contrato<sup>20</sup>, en la teoría moderna o tradicional, fue estructurado desde una perspectiva de interacción entre la realización de una oferta y su respectiva aceptación, de la existencia de un consentimiento libre y de la igualdad formal entre los implicados. El contrato recibió un tratamiento de verdadera ley entre las partes, incorporando el conocido *pacta sunt servanda*<sup>21</sup>. Un fenómeno tan

---

<sup>20</sup> Los contratos son una especie de negocio jurídico; constituyen el acto jurídico propio de la autonomía de la voluntad y tienen un cierto contenido normativo. El efecto del acto jurídico lo marca la ley mientras que en un negocio jurídico será el querido por las partes. Mientras el negocio jurídico no se oponga a la ley, producirá los efectos pretendidos por la autonomía de la voluntad. En el Derecho español, la normatividad de los contratos se contempla en el Código Civil, en el artículo 1091: «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos».

<sup>21</sup> El Código Civil español regula la «teoría general del contrato» en el Título II del Libro IV, en los arts. 1254 a 1314. La reglamentación se aplica a todos los contratos, con independencia del tipo contractual. No se ofrece un concepto como tal del contrato pero sí se definen unos principios fundamentales: i) El art. 1089 indica que las «obligaciones nacen de los contratos...». Este es un principio esencial del derecho privado, del que se deduce que los contratos generan relaciones obligatorias; ii) El contrato es la institución en la que se manifiesta con mayor vigor el principio de la autonomía de la voluntad. El art. 1255 sostiene que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público», y este es también un principio esencial del derecho privado. La regulación que el Código establece sobre los contratos no tiene, por regla general, carácter imperativo; iii) El art. 1091 dice que «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos». Este es el principio del *contractus lex* (inter partes) o, también, *pacta sunt servanda*. Ello implica que el contrato es ley para quienes lo han celebrado y que para las partes el contrato tiene igual fuerza que una norma; iv) Concepción espiritualista del contrato. En el Derecho Romano clásico, cuando se celebraba un contrato, los contratantes debían pronunciar unas fórmulas preestablecidas. En el propio Derecho Romano se evolucionó hacia una mayor libertad de forma, entendiendo por forma el modo en que se ha de manifestar la voluntad contractual. La concepción espiritualista quiere decir que el contrato es válido pura y simplemente cuando existe voluntad común, con independencia de cómo se haya manifestado al exterior ese consentimiento: a) El art. 1254 establece que «el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa

hermético que ni el Estado ni la colectividad, podrían violarlo. Contrato que admitía una mínima intervención estatal, constituida en la mera posibilidad de aplicar las disposiciones normativas y supletorias que trataran temas con respecto a los cuales el mismo Estado podría posicionarse –por omisión u opción–. En aquella etapa, el Estado se limitaba, esencialmente, a ser un mero regulador de los requisitos de existencia, validez y eficacia para el reconocimiento del contrato, sin que se le atribuyera ninguna función de intervención en las relaciones entre los privados. Estamos refiriéndonos a un Derecho privado que, en la modernidad, fue embebido de una experta abstracción y centrado en la intachable autonomía de la voluntad<sup>22</sup>.

A partir del Estado constitucional, el Derecho Civil deja de ser visto como enclaustrado en un sistema cerrado de reglas, limitado por la codificación, y preocupado exclusivamente por las relaciones jurídicas patrimoniales, comenzando a integrar un sistema jurídico abierto y jerárquicamente axiológico en el ámbito jurídico. Un sistema formado por valores, principios y reglas –con densidades normativas variables en el caso concreto–. Un Derecho Civil directamente comprometido con los derechos fundamentales –especialmente en lo que concierne a las nuevas dimensiones directamente dirigidas a la contemporaneidad–. Un Derecho que debe siempre mantenerse unido a los reales valores que tutela y concreta. Se presenta un Derecho privado embebido de derechos fundamentales. Esto significa que las normas constitucionales que tradicionalmente eran consideradas como puestas para el legislador y el Estado, son efectivamente aplicables a las relaciones privadas, con el mismo fin con el que se concretiza el principio de la dignidad de la persona humana –y los demás valores constitucionales–. Derechos funda-

---

o prestar algún servicio»; b) El art. 1258 nos dice que «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley». Basta el consentimiento para la perfección del contrato y no se exige más que la existencia de dos declaraciones de voluntad, que se pueden manifestar de cualquier modo. No obstante, la regla general tiene sus excepciones y determinados contratos sí son formales, como las capitulaciones matrimoniales o la constitución de una hipoteca.

<sup>22</sup> Podemos decir que elementos del contrato son todos aquellos que integran y contribuyen a la formación y validez del contrato. El profesor Castán diseñó una clasificación de los elementos del contrato (en la que no vamos a detenernos) pero que, entre otros, distingue los elementos esenciales (son aquellos elementos necesarios para que el contrato sea válido, eficaz; de ahí que éstos sean requisitos del contrato). Entre estos elementos esenciales se encuentran, a su vez, los comunes, que han de darse en todo contrato y son, conforme al art. 1261, el consentimiento, el objeto y la causa.

mentales que orientan las relaciones privadas, como sostén axiológico que será medido en el caso concreto. Eficacia que a su vez implica un necesario replanteamiento del Derecho Civil, que debe reconocer el texto constitucional como el primer regulador de las relaciones privadas como ápice axiológico de un sistema.

### 3. PARADIGMAS DE LA JUSTICIA

El Derecho no pretende la perfección del hombre porque su fin es la realización de la justicia y la pacífica convivencia de los ciudadanos. Sin ánimo de realizar un análisis acerca de la justicia como tal, conviene partir de la premisa de que la justicia desempeña varios papeles principales. Siguiendo a Puy Muñoz y a Otero Parga, destacamos los de la justicia principio, la justicia valor y la justicia virtud<sup>23</sup>, como aquellos que mejor pueden orientar la indagación relativa a si la justicia de la teoría de la contratación puede ser aplicada a los contratos biojurídicos.

El ámbito del Derecho no está totalmente separado del de la moral y hay que reconocer que en el mismo subyace una idea de moral objetiva, es decir, aquella que se expresa en textos constitucionales (la dignidad de la persona humana), en Convenios internacionales y otros, que reconocen, de forma expresa, la moralidad como límite al ejercicio de los derechos. Junto a esa moral objetiva, el Derecho tiene una finalidad clara que es la justicia. Esta, a su vez, no puede desligarse de la vertiente ética. Por todo ello, los contratos biojurídicos aglutinan esos ingredientes de justicia y Derecho, sin olvidar la referencia a la moral objetiva.

Para poder configurar los paradigmas de la justicia, resulta conveniente tomar como referencia el papel que la ética ha desarrollado en la configura-

---

<sup>23</sup> Los autores señalan otros dos papeles de la justicia, como: iv) *la justicia institución* y v) *la justicia derecho*. La primera, i) *la justicia principio* es la que prohíbe violar los *Derechos ajenos (neminem laedere)*, a la vez que manda restaurar los que han sido violados (*suum cuique*) o retribuir los que hayan sido destruidos; ii) *la justicia valor jurídico estricto* es la realidad espiritual que deviene accidente material en la persona que interviene en un acontecimiento de conflicto sobre bienes sin salirse de la trayectoria que conduce a la plenitud de su existencia individual; *la justicia virtud cardinal* es un hábito personal de dar a cada uno lo suyo, que otorga a quien lo adquiere la fuerza moral consistente en una voluntad firme y constante de comportarse de este modo, incluso en detrimento de sus propios intereses. M. OTERO PARGA y F. PUY MUÑOZ, *Una concepción prudential del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 58-59. La teoría dialéctica de la justicia natural que sustentan estos autores resulta pertinente para el tema que estamos planteando.

ción del bioderecho. El principio ético por excelencia supone buscar el bien propio al obrar y el de los demás, poniéndose en su lugar: «haz con los demás como quisieras que hicieran contigo». De este principio ético por excelencia se pueden derivar a su vez, tres subprincipios éticos: en primer lugar, el principio del respeto a la dignidad humana, que es un imperativo universal en la toma de decisiones; en segundo lugar, el del respeto a la libertad de las conciencias, pues a todo ser humano con uso de razón se le supone capacidad para discernir entre el bien y el mal, para realizar un juicio práctico sobre lo ético; por último, el principio de la primacía del bien moral sobre el bien útil, ya que no todo lo que se puede hacer (capacidad técnica) se debe hacer (obligación ética).

La clasificación de las teorías éticas que se han formulado a lo largo de la historia es prolija (teorías éticas centradas en el bien, las centradas en las normas en las virtudes). Por nuestra parte, vamos a tomar como referencia las centradas en la ética consecuencialista, que se plantea unos objetivos y valora las acciones en función de si se cumplen. En esta concepción caben dos planteamientos diferenciados: la teoría ética aristotélica, que toma como referencia la idea de la tendencia y realización del propio fin de cada objeto, conocimiento y acción; el segundo sería el de la ética utilitarista, desarrollado en los siglos XVIII y XIX, que se basa en el «principio de utilidad». Según este principio, las acciones son moralmente buenas si maximizan el bienestar o la felicidad y evitan el dolor o sufrimiento para la mayor parte de las personas que puedan verse afectadas por esas acciones.

Para Aristóteles, la realización plena del ser humano, es decir, la consecución de su felicidad, no es una cuestión individual sino que se encuentra en estrecha relación con la comunidad política a la que pertenece. Además, la felicidad del ser humano se encuentra en la vida virtuosa que, a su vez, posibilita que el hombre pueda desarrollar su capacidad racional y establecer la regla de comportamiento adecuada (moderada, virtuosa)<sup>24</sup>. En la ética aristotélica las virtudes no son naturales sino que se adquieren con el aprendizaje y se fortalecen con la práctica. Y las cuatro virtudes que según Aristóteles nos permiten alcanzar la felicidad son la prudencia, la justicia, la fortaleza y la templanza. Posiblemente, en las virtudes de la fortaleza, templanza y prudencia pueda verse más fácilmente su relación con la bioética, en la medida en que el médi-

---

<sup>24</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Alianza Editorial, Madrid, 2008, p. 50 (1905 a) y p. 59 (1098 a).

co debe practicar todas estas cualidades, cercanas al principio de beneficencia y al principio de no maleficencia<sup>25</sup>.

La justicia perfecta sería la que engloba todas las virtudes. Pero hay otra justicia concreta, particular o parcial que tiene que ver con las acciones virtuosas del hombre. El objetivo último de la justicia es la igualdad; pero perseguir un tratamiento idéntico en todos los casos podría conducir, en algunas situaciones, a resultados paradójicamente injustos, pues la auténtica justicia aconseja tratar desigualmente los casos desiguales. Ello da pie a Aristóteles a distinguir dos clases de justicia: distributiva y correctiva o sinalagmática.

Con arreglo a la justicia distributiva se reparten o distribuyen los honores, los bienes y cualquier otro elemento del bien común del que hayan de participar los ciudadanos, atendiendo a los méritos de cada uno; el criterio que aquí impera es el de la proporcionalidad o, como dice Aristóteles, una proporción geométrica. Por último, la justicia correctiva o sinalagmática está presidida por la razón de la estricta igualdad (proporción aritmética) desentendiéndose de la condición de las personas para atender sólo al valor de las cosas; es la justicia que debe darse en las relaciones contractuales y, en general, en las relaciones entre particulares, a diferencia de la anterior, que ordena las relaciones entre la comunidad y sus miembros. La justicia correctiva se subdivide a su vez en conmutativa y judicial. En la conmutativa la igualdad viene establecida por la voluntad de las partes y ordena las transacciones entre los individuos<sup>26</sup>. Pero hay ocasiones en que éstos no pueden, o no quieren, establecer la igualdad, que es impuesta por el juez, llamándose entonces justicia judicial.

Según el Informe Belmont, hay tres principios básicos, entre los generalmente aceptados en nuestra tradición cultural, que son particularmente relevantes para la ética de la investigación con humanos: respeto por las personas, beneficio y justicia. Las cuestiones de justicia han estado asociadas durante mucho tiempo con prácticas sociales como el castigo, la tributación y la representación política. Hasta hace poco, estas cuestiones no han esta-

<sup>25</sup> V. MORENTE PARRA, *Nuevos retos biotecnológicos para los derechos fundamentales*, Comares, Granada, 2014, p. 89.

<sup>26</sup> La justicia correctiva o sinalagmática, para Aristóteles, es aquella que ordena las relaciones entre los miembros entre sí. No mira a las personas en primer término, sino a las cosas. Se mide impersonalmente el beneficio o el daño que las partes o sujetos puedan experimentar, es decir, las cosas y actos en su valor intrínseco. Es una proporción «aritmética». ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, cit., p. 158 (1131 a).

do asociadas, en general, con la investigación científica. En el contexto del bioderecho, la justicia distributiva<sup>27</sup> puede empezar a desempeñar un papel relevante.

Las teorías éticas centradas en el bien ponen el énfasis en el estudio de qué es lo bueno para el ser humano. En este enfoque podrían integrarse las teorías éticas de carácter hedonista, las utilitaristas y buena parte de los enfoques relativistas, en la medida en que preguntarse qué es el bien no consideran las normas ni las virtudes. El origen histórico del enfoque unilateral que considera exclusivamente el bien como elemento básico de la dimensión ética es el hedonismo. Esta doctrina ética reduce la felicidad al placer orgánico y lo proclama como el fin del obrar humano. La modernidad retoma esta

---

<sup>27</sup> El tercer principio, el de la justicia, plantea interrogantes que suponen un desafío para las sociedades actuales: «¿Quién debiera recibir los beneficios de la investigación y quién soportar sus cargas?; esta es una cuestión de justicia en el sentido de «equidad en la distribución» o «lo que se merece». Ocurre injusticia cuando se le niega a una persona algún beneficio al que tiene derecho sin que para ello haya una buena razón, o se le impone indebidamente alguna carga. Otra manera de concebir el principio de la justicia es que los iguales deben ser igualmente tratados. Sin embargo, este planteamiento requiere explicación. ¿Quién es igual y quién desigual?; ¿qué consideraciones justifican apartarse de la distribución igual? [...] Cada formulación menciona alguna propiedad relevante sobre cuya base se debieran distribuir las cargas y los beneficios. Estas formulaciones son: 1) a cada persona una porción igual; 2) a cada persona de acuerdo a su necesidad individual; 3) a cada persona de acuerdo al esfuerzo individual; 4) a cada persona de acuerdo a su distribución a la sociedad; 5) a cada persona de acuerdo al mérito». (Informe Belmont. Principios y guías éticos para la protección de los sujetos humanos de investigación. 18.04.1979. Disponible en: <<http://www.unav.es/cdb/usotbelmont.html>> [acceso el 30.12.2015]). No vamos a extendernos en el principio de justicia aplicado a la ética biomédica. Las desigualdades en el acceso al cuidado de la salud y el incremento de los costes de estos cuidados han ocasionado en el ámbito de la sanidad el debate sobre la justicia social. La máxima clásica de Ulpiano dice que la justicia consiste en «dar a cada uno lo suyo». En esta línea, Beauchamp y Childress entienden que la justicia es el tratamiento equitativo y apropiado a la luz de lo que es debido a una persona. Una injusticia se produce cuando se le niega a una persona el bien al que tiene derecho o no se distribuyen las cargas equitativamente. El término relevante en este contexto es el de *justicia distributiva* que, según estos autores, se refiere a «la distribución imparcial, equitativa y apropiada en la sociedad, determinada por normas justificadas que estructuran los términos de la cooperación social». Sus aspectos incluyen las políticas que asignan beneficios diversos y cargas tales como propiedad, recursos, privilegios y oportunidades. Son varias las instituciones públicas y privadas implicadas, incluyendo al Gobierno y al sistema sanitario. Los problemas de la justicia distributiva aumentan bajo condiciones de escasez y competición. Se han propuesto varios criterios de distribución: a) a cada persona una participación igual, b) a cada persona de acuerdo con sus necesidades individuales, c) a cada persona de acuerdo a sus esfuerzos individuales, d) a cada persona de acuerdo a su contribución social, y e) a cada persona de acuerdo con sus méritos. (T. L. BEAUCHAMP y J. F. CHILDRESS, *Principios de ética biomédica*, trad. de T. Gracia, J. Júdez y L. Feyto, Masson, Barcelona, 1999, p. 34).



máxima hedonista en el utilitarismo, que sostiene que la felicidad, el mayor bien para el hombre, se encuentra en el bienestar, entendido como diferencia entre placer y dolor. Este enfoque representado por Bentham defiende que para decidir entre dos cursos alternativos de acción, el criterio es «la mayor felicidad para el mayor número». Si se centra la atención exclusivamente en el bien útil o agradable, se produce un efecto negativo, como es el de no promover la justicia. Además, si no se consideran los bienes y derechos ajenos, y se renuncia a las normas de conducta que originan estos deberes, entonces es fácil caer en el *relativismo ético*, por el que no hay nada de lo que se pueda decir que sea bueno o malo en sí. Sin el referente de la norma y la puesta en práctica de la virtud, estas teorías representan un enfoque sesgado de la ética y de la acción humana, que acaban por reducir la búsqueda del bien al cálculo egoísta, incluso negando que exista la posibilidad de juzgar acerca de un bien objetivo. Estas teorías tienen influencia en el bioderecho en la medida en que la felicidad de los individuos acaba situándose en la finalidad a alcanzar, subordinando otros principios como el de la autonomía o el del libre consentimiento (como sucede en algunos contratos biojurídicos).

Para concretar la influencia que el principio de la justicia puede tener sobre los contratos biojurídicos, vamos a exponer cuatro paradigmas de la justicia como son el liberal, que reduce lo justo a la promoción de la autonomía; el paradigma procedimental, que lo reduce a la observancia de los protocolos; el paradigma garantista, que se dirige a la tutela de los sujetos más débiles; y por último, el paradigma social o promocional, que ve en la maximización de lo justo la maximización del bien humano en general. Recurriremos a los principios de la libre-iniciativa, de la autonomía privada, de la solidaridad, de la función social del contrato y el de la buena fe objetiva que adquieren una especial relevancia para comprender estos cuatro paradigmas.

El paradigma liberal<sup>28</sup> parte de que el sistema jurídico no debe imponer valores y menos valores que no compartan los individuos. Sí se debe, en cambio, garantizar a cada individuo la posibilidad de madurar la propia autonomía. La justificación del derecho descansa fundamentalmente en su capacidad de operar mediaciones eficaces entre pretensiones potencialmente

---

<sup>28</sup> No nos a referimos al liberalismo igualitario o social (*egalitarian liberals*) en la línea de las teorías sustentadas por Rawls o por Dworkin sino al enfoque de quienes defienden la radical independencia del individuo proponiendo un liberalismo libertario o individual (*libertarian liberals*) como Nozick o Hayek.

conflictivas<sup>29</sup>. Los dos pilares sobre los que se sustenta son el principio de libre iniciativa y el principio de autonomía de la voluntad. La libre iniciativa es un principio económico que permea la totalidad de los Estados sociales y democráticos de Derecho, como medida de libertad para que el ciudadano de un Estado pueda gestionar sus intereses. De hecho, el modo en que se entiende en la contemporaneidad difiere considerablemente de la desarrollada en el ideario individualista de libertad y acumulación de la modernidad. La libre iniciativa, como libertad de creación de iniciativas o actividades económicas, innegablemente, guarda un vínculo genético con el principio de la libertad de comercio y de industria –derivado de la revolución industrial– pero en la actualidad, este principio debe ser interpretado a partir de los valores constitucionales (en un sistema único y teleológico-axiológico), y será objeto de tutela constitucional si se desarrolla en armonía con los intereses sociales. Hay que recordar que el individualismo moderno ha perdido vigencia desde que el Derecho ha sido repersonalizado<sup>30</sup>.

El segundo pilar es la autonomía de la voluntad que, en un paradigma liberal y en relación a la teoría de los contratos, tiene un papel esencial. Los parámetros de la estructura contractual son: existencia de contraparte, concierto de voluntades y necesidad del consentimiento de las partes para que del contrato surjan derechos. Conviene reflexionar sobre la eficacia de las normas jurídicas emanadas de la autonomía de la voluntad. Como ya sabemos, la eficacia ordenadora de una norma jurídica tiene siempre un alcance general. En rigor, únicamente las que emanan de las fuentes del derecho formalmente reconocidas como tales –en nuestro sistema, ley, costumbre y principios generales– gozan de la capacidad de configurar directa e inmediatamente el orden jurídico; pero las normas creadas en virtud de la autonomía de la voluntad no dejan de contribuir a la configuración de ese orden, sólo que lo hacen de modo mediato o indirecto –baste recordar el *soft law*–. La autonomía de los particulares tiene suficiente potencialidad como para crear normas jurídicas que vinculen al sujeto de cuya voluntad han emanado. A partir del principio de que «todo lo que no está prohibido expresamente está permitido», el reino propio de la creación de normas a través de la voluntad es el de los contratos. El contenido de la norma nunca puede ser contrario a la ley imperativa –no nos

<sup>29</sup> F. D'AGOSTINO, «Dalla Bioetica al Biodiritto (e alla Biopolitica)», cit., p. 2.

<sup>30</sup> P. NALIN, *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*, 2ª ed., Juruá, Curitiba, 2008, pp. 162-170.

referimos ahora a la dispositiva— ni tampoco aquel mandato puede oponerse a la moral ni al orden público, como expresamente se dispone en el artículo 1.255 del Código Civil.

La autonomía privada, en la modernidad, se concentraba en la libertad amplia e irrestricta con respecto al contrato. Una simple manifestación libre de voluntad. Un principio que pierde su clásica lectura a partir de la publicación del Derecho privado<sup>31</sup>. Como subraya D'Agostino, si el fin del derecho es garantizar la autonomía de otros, de aquí cabe inferir que el fin real (*reale*) del derecho no es garantizar la autonomía de los individuos, sino garantizar la posibilidad general de que los individuos convivan (*convivere*) y que convivan en un sistema social justo (*giusto*), que no dé el poder o la primacía a los más fuertes<sup>32</sup>.

En la «segunda modernidad»<sup>33</sup> emerge una autonomía privada, principalmente en los contratos, orientada por principios como el de la buena fe contractual, con el fin de dignificar al hombre (en un Derecho re-personalizado). Un principio de la «autonomía privada» emanado de la solidaridad como «valor» y adscrito a éste. Una autonomía privada que se puede decir embebida de alteridad<sup>34</sup>. Así, resulta evidente la existencia de un estrecho lazo entre la autonomía privada y la solidaridad, siendo competencia del intérprete el deber de armonización. El contrato, como parte del sistema único y axiológico, debe considerar siempre al hombre como inserto en una colectividad (no un ser formal, sino material y existencial).

El paradigma procedimental no cree en la posibilidad de identificar criterios materiales de justicia. Considera que un sistema justo es un sistema gobernado por reglas conocidas y compartidas por todos y que por tanto, se justifica que todos las respeten. Los presupuestos para que este modelo sea objetivamente justo es que, en primer lugar, no se excluya a nadie de su elaboración (por tanto, al menos ya hay un valor material de justicia, como es la igualdad); el segundo presupuesto es que acepta el hecho de que es muy difícil que las reglas sociales sean producto de todos y aceptadas, además, por todos (por ejemplo, resulta imposible en el caso de menores, incapaces, etc.). Muchas decisiones, y más en el ámbito biojurídico, afectan a intereses de generaciones

<sup>31</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 1990, pp. 142-144.

<sup>32</sup> F. D'AGOSTINO, *ibid.*

<sup>33</sup> Optamos por este término para diferenciarlo de la filosofía de la postmodernidad característica de Vattimo o Deleuze.

<sup>34</sup> E. LEVINAS, *Humanismo del otro hombre*, Caparrós Editores, Madrid, 1993.

futuras que claramente nunca podrán ser consultadas sobre elecciones que incidirán en su calidad de vida<sup>35</sup>.

El paradigma garantista considera como sujeto prioritario del bioderecho la tutela de los sujetos débiles. Este *soggetto debole* es principalmente el sujeto enfermo, al que se le reconoce actualmente una tutela muy particular. También cabe entender que el sujeto, esté sano o enfermo, sea nacional o extranjero, puede estar expuesto a los innumerables riesgos que las experimentaciones biojurídicas le pueden acarrear: manipulación genética, ensayo masivo de nuevos fármacos, la estructura de la gestión sanitaria y otros. Aquí se afectaría a la cuestión de la equidad en la salud. Asimismo, personas con necesidades económicas pueden convertirse en víctimas de prácticas biojurídicas y aceptar contratos en los que la otra parte saque provecho de su posición de fuerza<sup>36</sup>. El paradigma garantista es un modelo que compromete al derecho a identificar situaciones de fragilidad social y a reaccionar contra las mismas.

Por último, el paradigma promocional-social descansa en la solidaridad, pretende promover el bien social general. Y ello puede hacerse reconociéndose a todos los seres humanos los mismos derechos de carácter bioético. Y en este punto, cabe preguntarse si puede hablarse de solidaridad en una relación con-

<sup>35</sup> Este paradigma se alinea en el procedimentalismo de la teoría de la justicia de Rawls y de aquellas otras que el profesor Carpintero ha denominado «éticas de tránsito». Se trata de éticas procedimentales (desde Kant hasta Apel o Habermas, pasando por Locke, Rousseau, Hobbes, Rawls, Nozick o Buchanan) porque explicitan «el paso de un estado asocial al estado social o desde un estado de cosas injusto a una sociedad justa» (F. CARPINTERO BENÍTEZ, *La crisis del Estado en la Edad Posmoderna*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 122).

<sup>36</sup> En el ámbito europeo, diversos académicos –como lo que integran el «European Contract Law Study Group»– que estudian los ámbitos de derecho de consumo, arrendamientos y derecho laboral, así como en derecho general de contratos, han mostrado su preocupación en relación a que el derecho contractual europeo armonizado esté enraizándose en el modelo contractual de la compraventa. Aunque su ámbito de análisis ha partido de la Directiva relativa a la protección de los consumidores de 2011, de la Directiva sobre crédito al consumo del año 2008, o de las Directivas sobre derecho laboral y contratos de arrendamiento para fines residenciales que regulan contratos a largo plazo denominados «contratos para la existencia», el ideario que subyace a su afirmación de que los contratos deben dar respuesta a las consecuencias de las modificaciones de las circunstancias a lo largo de la vida de las personas, y ofrecer mayor protección que la derivada de la justicia de intercambios comerciales sinalagmáticos de tracto único, garantizándose una tutela sustancial para los más débiles, puede ser trasladable a los contratos biojurídicos. En este tipo de contratos, como en la GS, el acuerdo al que llegan las partes puede asimilarse a una compraventa y hay una parte más débil (la madre portadora y el hijo/a) a la que el principio de justicia debe amparar. *Vid.* Declaración de «Principios de los contratos sociales de larga duración para la existencia de las personas, o “contratos para la existencia”», <[www.eusoco.eu/wp-content/uploads/2013/10/eusoco\\_book\\_outline.pdf](http://www.eusoco.eu/wp-content/uploads/2013/10/eusoco_book_outline.pdf)> [acceso el 29.04.2016].

tractual interprivada. Es una idea impensable en un mundo moderno –caracterizado por el individualismo–, pero con un deber en la segunda modernidad. Al pensar en una relación entre privados embebida de solidaridad, como primer paso se debe entender que aquella debe colmar una confluencia de intereses inherentes a un fin común. Esto significa que abandona la visión egoísta de la modernidad –en la cual los contratantes eran considerados como opuestos–, para vivir una solidaridad en la cual los contratantes asumen una posición de cooperadores. Se observa que este «nuevo orden contractual solidario» sólo puede pensarse en una noción de sistema único y axiológico, en que se tiene la solidaridad como valor inspirador, ya que en el tiempo-espacio clásico (el de la época de la codificación abstracta, completa y cerrada) la relación interprivada poseía un «espacio propio» en el que no se admitían injerencias externas.

Solidaridad contractual en la cual los contratantes deben actuar no sólo en beneficio propio, o incluso de los directamente implicados en la relación, sino de la colectividad (como relevantes son también sus intereses en la relación)<sup>37</sup>. Interpretación esta que no disminuye la relevancia de la relación contractual interprivada, cuanto menos su validez y eficacia, sólo rechaza un «individualismo insuperable» para dar espacio a una especie de «solidaridad» –como preocupación por los demás–. Así, la solidaridad (principalmente como altruismo) puede configurarse como una justificación para disponer del cuerpo humano (respetando los límites legales) y establecer las relaciones interprivadas<sup>38</sup>.

La solidaridad contractual aquí tratada se sustenta sobre una teleología axiológica, en las relaciones entre particulares y Estado, o incluso entre particulares, ante los valores inspiradores del sistema. Esto significa que los contratos deben orientarse a los intereses del hombre (no de aquel hombre abstracto de la modernidad), por lo que va ligada a una igualdad material entre los contratantes destacando el medio en el que están insertados. Un contrato que no puede ser pensado de forma fragmentada, sino que necesariamente debe realizarse desde una noción del sistema único y axiológico –que implica la permeabilidad a los valores y principios–.

<sup>37</sup> Apuntamos aquí al escaso debate sobre la causalidad de las relaciones jurídicas pese a la despatrimonialización del Derecho privado.

<sup>38</sup> La afirmación tiene como objetivo aclarar que con la manifestación de una «solidaridad» no hay intención de defender un «socialismo». Una interpretación de este tipo no guarda ninguna coherencia en una investigación que aspira a justificar los contratos –incluso onerosos– que implican al cuerpo humano (principalmente el material genético humano) y que respeten los valores del sistema.

#### 4. EL DERECHO CONTRACTUAL QUE VERSA SOBRE CONTRATOS BIOJURÍDICOS: ¿LIBERAL, GARANTISTA, SOCIAL-PROCEDIMENTAL O MIXTO?

Los avances de las ciencias médicas y científicas han abierto la posibilidad de realizar actos de disposición o contratos sobre el cuerpo humano y sus partes<sup>39</sup>, lo que ha provocado que el carácter sagrado de la persona se deje en un segundo plano ante su soporte material. Estas nuevas posibilidades imponen la necesidad de adoptar nuevos criterios tanto en el ámbito jurídico como en el ético respecto a la disponibilidad y la comercialidad del cuerpo, sus partes –aunque sean minúsculas– y sus productos. Hay posibilidades tales como el trasplante de órganos y tejidos, la utilización de seres humanos en la investigación científica, el alquiler de úteros para concebir un ser en cuya conformación genética no interviene la «madre de alquiler», las posibilidades abiertas con la fecundación médica asistida y el patentar partes del cuerpo humano, incluyendo un gen o una secuencia parcial del mismo, embriones, células madres, líneas celulares y tantas otras.

Este comercio exige contratos y negocios jurídicos que ofrezcan un armazón de «legalidad» a acuerdos que, en algunas ocasiones, o son prohibidos –como la venta de órganos– o son nulos –como la gestación por sustitución–. Los distintos modelos de justicia inciden en la aceptación de estos negocios, como el liberal o el procedimental, o en rechazarlos, como el social o el mixto. Recurriendo a un modelo de justicia liberal (en sentido libertario) se defiende el mercado (del capitalismo sin limitaciones, más en general) como el mecanismo social más justo de distribución de bienes, en virtud del cual se transforma al cuerpo humano en mercancía en amplia escala<sup>40</sup>. Nos sumamos

<sup>39</sup> Vid. L. MAZEAUD, «Los contratos sobre el cuerpo humano», en *ADC* (enero-marzo 1953), pp. 81-83. Conviene advertir la radical diferencia que media entre la tradición europea, que privilegia como un principio fundante la dignidad del ser humano y cuya derivación lógica es otorgar a las partes fragmentadas del cuerpo y a sus productos la misma consideración; se reafirma la exclusión de la intervención del mercado en todo lo vinculado con el cuerpo humano. En cambio, la concepción liberal anglosajona, que da primacía sobre todas las cosas a los principios de autonomía y libertad, conduce a sostener la prevalencia de las decisiones personales en torno al cuerpo, sus partes y sus productos. S. D. BERGEL, «Bioética, cuerpo y mercado», *Revista Colombiana de Bioética*, vol. 2, n° 1, enero-junio, Universidad El Bosque, Bogotá, Colombia, 2007, pp. 144-145.

<sup>40</sup> Carbonier apuntaba que identificar a la persona con el cuerpo humano atribuye a éste un emplazamiento peculiar en el ámbito jurídico y en cierto modo lo dota de un carácter sagrado. J. CARBONIER, *Derecho civil*, tomo I, vol. I, Bosch, Barcelona, 1960, p. 217. Es más, frecuentemente se argumenta su indisponibilidad y extracomercialidad como dos caras de una misma moneda, acuñada aquella por el pensamiento cristiano para preservar la dignidad natural de todo ser humano.

al lamento de Bergel cuando advierte que «El mercado, nuevo agente que se ha incorporado al debate –con un papel protagónico esencial– se rige por reglas y principios que nada tienen que ver con la ética ni con la bioética y que ejercen una influencia muchas veces decisiva sobre los poderes del Estado»<sup>41</sup>. En el paradigma de justicia libertario, el Estado, como expresión del poder público, debe ser mínimo. La libertad de la persona, su autonomía, su capacidad de decidir y establecer contratos, es lo que debe de primar.

La biojurídica tiene ante sí una difícil tarea que exige un tratamiento interdisciplinar del estatuto del cuerpo humano y de sus partes a la luz de los avances señalados en las ciencias de la vida. Pero estas dificultades de cualificación entre las clásicas categorías del Derecho privado –persona o cosa– no pueden llegar al extremo de hacernos olvidar la esencia de lo humano y su representación. «El derecho no puede desentenderse en este campo de valores, fundantes de la civilización, so pena de convertirse en un catálogo de normas deshumanizadas»<sup>42</sup>.

Las reglas que se han ido aprobando, dirigidas a limitar la libertad de contratación, en su mayoría buscan impedir que la parte más fuerte del contrato explote a la parte más débil. En definitiva, se tiende a conseguir la igualdad que es la clave que, desde Aristóteles, ha primado para interpretar qué es lo justo. La cuestión es, si en las relaciones contractuales, aparte de los requisitos y condiciones generales del contrato, debería tomarse en consideración el criterio de justicia. Y este interrogante cabe plantearlo desde cuatro enfoques: liberal, social, mixto y procedimental, en paralelo a los paradigmas de la justicia a los que acabamos de referirnos<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Cfr. S. D. BERGEL, «Bioética, cuerpo y mercado», cit., p. 136. Cuando el objeto de transacción es el cuerpo humano o una de sus partes, este tipo de mercado podría denominarse como «bio-mercado» (p. 148).

<sup>42</sup> S. D. BERGEL, «Bioética, cuerpo y mercado», cit., pp.140-141. Esta defensa se puede deducir de algunos Convenios y Declaraciones internacionales: así, el Convenio de Oviedo relativo a los derechos humanos y a la biomedicina (suscrito el 04.04.1997) que dedica el capítulo VII a la «prohibición de lucro y utilización de una parte del cuerpo humano», y cuyo artículo 21 (prohibición de lucro) establece que «el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro»; también, la Resolución WHA 44.25 de la OMS del 13-05-91, que estableció que el cuerpo humano y sus elementos no pueden ser objeto de transacciones comerciales, por lo que debe prohibirse el dar o recibir una retribución o cualquier tipo de compensación a cambio de un órgano (Directiva 5ª); Estos principios también han sido plasmados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 3.2), y se los ha considerado como uno de los derechos fundamentales de la persona.

<sup>43</sup> Vamos a seguir aquí algunos de los enfoques expuestos por Florian Rödl en relación a la justicia de los contratos. F. RÖDL, «Contractual Freedom, Contractual Justice, and Contract Law (Theory)», 76 *Law and Contemporary Problems* 57-70 (2013).

Un enfoque liberal del contrato combina la autonomía individual y la justicia correctiva como dos principios generales del derecho contractual que iluminan su estructura y sus reglas básicas. Contratar significa hacer uso de la libertad, dentro de los límites de la ley (formulada generalmente para facilitar y proteger, a su vez, la libertad humana). La autonomía contractual es la base de esta comprensión del derecho contractual. Pero si el contrato se incumple<sup>44</sup>, si se produce demora en el cumplimiento, si hay desistimiento o se dan otras circunstancias, entonces rige el principio de justicia correctiva. Es decir, que una parte tiene que compensar los males o las pérdidas que haya causado en la otra parte.

Otro enfoque del contrato es el de la justicia social, que admite a su vez dos posibilidades. La primera es una corrección complementaria del enfoque liberal que suele ser objeto de críticas por considerar que está solo interesado

---

<sup>44</sup> Martín Hevia señala que «la pretensión de los filósofos de desarrollar teorías del derecho contractual y la pretensión de que se trate de teorías que expliquen todo el contenido del derecho contractual ha sido fuertemente criticada». Por ejemplo, con la intención de criticar la teorización del derecho, Oliver Wendell Holmes sostuvo que «la vida del derecho no ha sido lógica, sino experiencia» (O. W. HOLMES Jr., *The Common Law*, Little Brown, Boston, 1963 [1881], p. 1). También más recientemente, Stephen Waddams atacó a los teóricos por su pretensión imperialista de reducir un fenómeno complejo como el derecho privado a un conjunto de diferentes categorías. (S. WADDAMS, *Dimension of Private Law: Categories and Concepts in Anglo American Legal Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003). Esta objeción no es una objeción que tenga por blanco solamente a las teorías basadas en la autonomía, sino también a las basadas en la eficiencia, o a las teorías mixtas –que explican el derecho contractual apelando a más de un valor–. Para una presentación de las teorías mixtas, ver S. S. SMITH, *Contract Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 158-160). Hevia acaba subrayando que «es tarea del filósofo del derecho contractual reconocer esta complejidad y abocarse a analizarla». (M. HEVIA, «Kant y la filosofía del derecho contractual: las teorías basadas en la autonomía», en J. L. FABRA ZAMORA y E. SPECTOR (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 2526. Disponible en <<http://www.filosofiadelderechocolombia.net/search/label/Enciclopedia>> [acceso el 02.06.2016]).

En esta línea, Hevia sostiene que la teoría jurídica kantiana (en la obra *Metafísica de la Moral*) explica bien la naturaleza voluntaria y correlativa de los derechos y obligaciones contractuales, así como el efecto relativo de los contratos. También parece explicar adecuadamente por qué la acción por incumplimiento contractual es *expectation damages* y la extensión de la indemnización, que incluye a los daños que en el *common law* se llaman *consequential damages*. Sin embargo, el defecto de esta teoría es que no ofrece un criterio para interpretar cláusulas contractuales o para que los tribunales completen los contratos cuando las partes no han contemplado contingencias que pudieran tener lugar durante la etapa de ejecución del contrato. En respuesta a esta objeción, Hevia recuerda que Coleman ha propuesto que el teórico de la autonomía podría apelar al consentimiento hipotético, que refleja aquello que las partes racionales elegirían. (M. HEVIA, *ibid.*, p. 2517).



en la libertad formal de propietarios y contratistas y no en la libertad sustantiva de los seres humanos, que depende en gran parte de las nociones de justicia distributiva<sup>45</sup>, que suelen ser concretadas por los tribunales.

Según la segunda modalidad, lo relevante de la justicia social es que está ligada al principio de la función social del contrato. El contrato actual debe ser funcional, ya que se adscribe a intereses sociales. Esto porque los contratos, en mayor o menor medida, influyen más allá de la esfera de los contratantes, proyectando su influencia en el entorno social. La función social del contrato no excluye su función individual, sino que implica deberes extracontractuales para los implicados (independientemente de la voluntad de las partes). El contrato sigue siendo una autorregulación de los intereses individuales involucrados, pero debe entenderse no sólo como celebrado, sino también como ejecutado en el seno de la sociedad. La función social, en última instancia, deja una puerta abierta a una intervención del Estado en las relaciones privadas que condiciona la autonomía privada y la libertad contractual. Aquí hay que tener en cuenta la limitación de la libertad, y los elementos contractuales, principalmente el «derecho subjetivo»<sup>46</sup>, que deben respetar los intereses no sólo de los individuos, sino de la sociedad.

---

<sup>45</sup> La justicia distributiva presupone los siguientes elementos: a) una cantidad determinada de los bienes que deben ser repartidos; b) la instancia encargada de realizar la distribución; c) al menos dos personas entre las que se requiere distribuir los bienes; d) El criterio con el que debe realizarse la distribución; e) el mérito (*axia*) en el que cada uno sustenta su aspiración en el proceso distributivo. De acuerdo con Aristóteles la forma más simple de justicia distributiva es aquella que se basa en lo que él llama igualdad aritmética, la cual consiste en que cada uno de los participantes recibe la misma cantidad de los bienes que deben distribuirse. Sin embargo, utilizar la igualdad aritmética como único criterio distributivo en todos los casos llevaría a producir una gran cantidad de injusticias, pues los miembros de la sociedad contribuyen de manera desigual al proceso de reproducción general de los bienes. «De ahí que se susciten disputas y acusaciones, cuando aquellos que son iguales no tienen o reciben partes iguales y cuando los que no son iguales tienen y reciben partes iguales». (EN 1131a 21) Por eso es necesario introducir un criterio de distribución basado en lo que Aristóteles denomina igualdad proporcional o igualdad de acuerdo a la analogía (similitud). Lo justo, entonces, es la proporción, y lo injusto lo que va contra la proporción. El problema reside en que cuando abandonamos el nivel abstracto, la determinación concreta de esa proporción geométrica resulta muy difícil de concretar.

<sup>46</sup> Los derechos de la personalidad han sido objeto de amplio debate, por la naturaleza de éstos. A este respecto se dice que «el hecho de ser catalogados como bienes de la personalidad más que como derechos de carácter subjetivo se centra principalmente en la carencia de legitimación para disponer sobre ellos, de este modo, la creación de relaciones jurídicas en orden a su nacimiento, transmisión y renuncia queda fuera del alcance de la propia arbitrariedad del individuo, y se excluye, cualquier facultad para moldearlos por parte de su titular. C.J. MALUQUER DE MOTES BERNET, *Codificación, persona y negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 2003, p. 86; F. DE CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho civil*, Marcial Pons, Madrid, 1972, p. 10.

El Estado social y democrático de Derecho aúna las conquistas del Estado liberal –igualdad y libertad individual– y las del Estado social –superación de la fragmentación Estado-sociedad–<sup>47</sup>. Esto significa que el contrato se despegas del egoísmo arraigado en el Estado liberal y gana un aspecto social. Un nuevo paradigma en el cual los efectos de las relaciones negociales, con respecto al principio de la función social del contrato, afectan a la sociedad<sup>48</sup>.

Cabe plantearse cómo se pueden identificar y delimitar el aspecto de una función social del contrato. Posiblemente, donde mejor se pueda concentrar la función social del contrato sea en el principio de solidaridad y en el principio de buena fe objetiva. Así, resulta que la función social del contrato implica un respeto por el valor inspirador del sistema (solidaridad) y por el principio que el mismo consolida (buena fe objetiva)<sup>49</sup>.

La relevancia que este principio ha adquirido en los últimos años en la teoría general de los contratos, obliga a detenerse brevemente en él. Cabe interpretar que la buena fe objetiva<sup>50</sup> forma parte de la función social, en la medida en que los contratantes están insertados en una colectividad concreta. El principio de la buena fe objetiva abarca la actuación ética en las relaciones contractuales. Un principio que definitivamente «se aleja» de aquel contrato egoísta e insensible de la modernidad, en la medida en que humaniza las relaciones jurídicas. Constituye un verdadero centro de atracción que viene a concretar las relaciones armonizadas con los valores de un orden jurídico. Se configura como el paradigma de los modelos ideales de conducta que deben tomarse en consideración ante el ejercicio de los derechos subjetivos, bajo pena de incurrir en una antijuridicidad. Un deber de conducta destinado a influir en todas las fases de la relación jurídica.

<sup>47</sup> P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli, 1996.

<sup>48</sup> Para otros autores, el derecho contractual no es tanto una herramienta para lograr la justicia social sino principalmente, una justicia distributiva, como impuesta por la ley. Entre los defensores de este enfoque cabe citar a Anthony Kronmar que utiliza más el concepto de riqueza que el de bienestar general. A. TOWNSEND KRONMAN, «Contract Law and Distributive Justice», Yale Law School Legal Scholarship Repository. Disponible en: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2068&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2068&context=fss_papers)>; también, ID., «Paternalism and the Law of Contracts», *The Yale Law Journal*, 5, vol. 92 (april, 1983).

<sup>49</sup> Se sustenta la máxima autonomía de las partes y que mediante las cláusulas generales, la corrección y la buena fe se intentará resolver su contenido normativo «en aquello que dispongan normas diversas». S. RODOTÁ., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004.

<sup>50</sup> En nuestro derecho es el artículo 7.1 del Código Civil el que establece de un modo más expreso a la buena fe como exigencia con rango de norma jurídica legal: «los derechos deben de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe».

El principio de la buena fe objetiva se configura no solo como referente hermenéutico de los contratos, sino también como contenido normativo. El principio en cuestión está en la línea de la realización de la justicia contractual de acuerdo con los patrones sociales aceptados y deseados. La buena fe objetiva se presenta también como un referente de limitación del ejercicio de los derechos subjetivos, en la medida en que orienta la actuación de los contratantes. Esto significa que el principio posee la función de «brújula» cuyo norte es la razonabilidad de la conducta de las partes relacionales. Aquí conviene citar la «teoría de los actos propios» según la cual nadie puede hacer uso del derecho en contradicción con el comportamiento anteriormente adoptado. Es decir, no es lícito para uno de los contratantes incumplir las obligaciones asumidas y exigir el cumplimiento de la otra parte (intentando incumplir el contrato y beneficiarse del incumplimiento). Actos contradictorios de estas características deben ser reprimidos en la medida en que burlan la confianza existente entre las partes.

El principio de la buena fe objetiva se proyecta en las fases pre-contractual, contractual y post-contractual. El principio en cuestión otorga un verdadero dinamismo al contrato, en la medida en que no se restringe a lo pactado sino a todas las interacciones entre los contratantes que guarden alguna relación con el objeto negocial (objeto material o incorpóreo). La buena fe objetiva rompe las ataduras que convertían el contrato en una configuración estática y separada en el tiempo-espacio, para liberarlo y presentarlo como una dinámica realidad social. Los contratantes asumen, a partir de este principio, unos vínculos relacionales y obligacionales impensables en la modernidad (los rígidos marcos iniciales y finales del contrato habidos en la modernidad no subsisten en una realidad compleja y multifacética). El principio de la buena fe objetiva actúa no sólo como hermenéutica (limitadora del ejercicio de derechos), sino también como creadora de deberes colaterales adscritos a la relación jurídica.

Este principio, que se configura como un elemento necesario del contrato, está establecido en el artículo 1528 del Código Civil español. El citado artículo, como defiende Quesada Sánchez<sup>51</sup>, además de informar normativamente todas las relaciones contractuales en razón de su fuerza normativa, tiene una

---

<sup>51</sup> A.J. QUESADA SÁNCHEZ, *El infravalorado artículo 1258 del Código Civil y su innegable utilidad*. Disponible en <[www.derecho.com/articulos/2002/12/15/el-infravalorado-art-culo-1258-del-c-di-go-civil-y-su-innegable-utilidad/](http://www.derecho.com/articulos/2002/12/15/el-infravalorado-art-culo-1258-del-c-di-go-civil-y-su-innegable-utilidad/)> [acceso el 9.9.2015].

relevancia hermenéutica. Jiménez Gómez, además del aspecto normativo y hermenéutico, hace referencia a un campo ético del principio de la buena fe objetiva puesto que se entiende como deber de honestidad<sup>52</sup>. Una disposición legal que posee una aplicación en las relaciones contractuales independientemente de la voluntad de las partes –o incluso de su previsión en un instrumento contractual en concreto–, de donde se desprende que consiste en una conformación de la autonomía privada y de la libertad contractual prevista en el cuerpo de la misma codificación civil. Como bien apunta Quesada Sánchez, representa un artículo que consiste en una verdadera ordenación objetiva de las relaciones contractuales en un sentido amplio, irradiando efectos tanto en los contratos típicos como en los atípicos. Norma que implica, desde luego, un trabajo de concreción de sus consecuencias a partir de las situaciones concretas (es decir, de efectiva definición en cada relación contractual específica). Una norma que, además de tener una proyección significativa en las legislaciones especiales en España, como las relativas a los contratos de seguro y las que se dirigen a la defensa del consumidor, posee aplicabilidad general sobre las relaciones contractuales.

En suma, la buena fe objetiva, además de ser una fuente de integración de la regulación contractual en la actualidad, implica una ética en las relaciones contractuales haciéndolas funcionales para que concreten la justicia social extraída de los valores del sistema. Como explica Betti<sup>53</sup>, una actitud de cooperación entre los contratantes. Una relación en la que, siempre con un sacrificio razonable, el contratante no sólo realice su interés sino que garantice resultados para el otro implicado (al amparo de la solidaridad contractual).

Retomando los enfoques de justicia susceptibles de aplicarse a los contratos y, una vez que hemos analizado el enfoque liberal y el social (con sus aplicaciones al paradigma liberal y al paradigma promocional), apuntamos un tercer enfoque, el garantista, que, junto con el acercamiento al social, justifica el progresivo número de restricciones a la libertad contractual, realizadas en su mayor parte con el fin de proteger a la parte más débil de contratos injustos. Según este modelo, la libertad contractual se sostiene si incluye un igual poder de negociación de las partes, de manera que la libertad contractual sólo incluye contratos justos (entendiéndose aquí por justo el que ambas partes

<sup>52</sup> R. JIMÉNEZ GÓMEZ, *El principio de la buena fe en la teoría general del contrato*. Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/371/17.pdf>> (acceso el 9.9.2015).

<sup>53</sup> E. BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, t. I, Editorial Revista de Derecho, Madrid, 1969, pp. 117-118.

tienen igual poder de negociación, con la finalidad de preservar a la parte más débil).

Un cuarto y último enfoque sería el procedimental de libertad contractual<sup>54</sup>. Según la concepción procesal, el concepto de justicia no se aplica a la sustancia de un contrato. Sólo se puede aplicar al procedimiento de contratación. Sea cual sea el resultado de un procedimiento justo de la formación del contrato, no seremos capaces de juzgar la justicia sustantiva de los términos de dicho contrato. La libertad contractual no sólo incluye la libertad de elegir a la otra parte, sino también el objeto, los demás términos del contrato y la voluntariedad del consentimiento.

Como sostiene Rödl, la relación conceptual entre la justicia y la libertad contractual se plasma en la integración de las lagunas en los contratos. Es decir, por regla general, las partes han convenido algunos temas pero posiblemente no hayan abordado otros problemas que se pueden producir durante la ejecución, como por ejemplo, retraso, desistimiento, imposibilidad u otras formas de violación. Como sabemos, la ley contractual establece reglas predefinidas para llenar los vacíos que han dejado las partes, y que se articulan bien sea por el Poder Legislativo o por los tribunales. Conviene entender que se trata de reglas hipotéticamente acordadas por partes razonables y honestas que deben lograr un equilibrio justo de los intereses. Esto implica que la ley presupone y aplica la idea de equidad a los contratos celebrados entre iguales.

En las páginas que siguen vamos a aplicar estos paradigmas de la justicia a un tipo de contrato biojurídico concreto como es el de la gestación por sustitución. Esta aplicación permitirá una mejor comprensión de la problemática que subyace a este tipo de contratos, habitualmente presentados en la dicotómica esfera de influencia del Derecho y de la moral. Nuestro propósito es intentar superar ese esquema clásico y hacer un análisis de este tipo de prácticas bajo la perspectiva de la justicia contractual.

## 5. CONVENIO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: UNA TRANSACCIÓN ¿INJUSTA?

Entre lo que podríamos calificar como modalidad amplia de contratos biojurídicos que, en los últimos años, ha dado lugar a una gran controversia,

---

<sup>54</sup> W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, Springer, Berlin.

cabe destacar el contrato de gestación por sustitución –GS– (también denominado como maternidad subrogada o vientre de alquiler)<sup>55</sup>.

El contrato de GS es «un contrato de derecho civil mediante el cual una mujer previamente seleccionada se compromete a cambio de una contraprestación normalmente dineraria, o por un sentimiento altruista, a dejar que se le implante un óvulo fecundado de otra mujer o, un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio fecundado mediante inseminación con el espermatozoide de un hombre diverso de su marido o compañero permanente (si los tiene) con la obligación de entregar al hijo después de su nacimiento a la(s) otra(s) partes(s) contratante(s)».

En buena medida, la reivindicación de esta forma de maternidad se incardina en el pretendido derecho a la maternidad, tanto en su vertiente negativa –el aborto y la eutanasia– como en su vertiente positiva, que comprende el derecho a ser madres por parte de mujeres solas o de una pareja de lesbianas, así como de una pareja de hombres, mediante la fecundación artificial heteróloga, con donantes de semen o de óvulos, e incluso con el recurso a la maternidad subrogada o por sustitución<sup>56</sup>.

Mediante dichas técnicas los hijos, que hasta ahora eran sujeto jurídico de por sí, se convierten ahora en objeto de transacción, al cual se tiene derecho y que, se puede adquirir mediante las técnicas de reproducción artificial. El De-

<sup>55</sup> Es un contrato oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que puede ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos. Mediante la gestación por sustitución se pretende reemplazar a uno o varios elementos de la reproducción biológica, articulando un contrato en el que una mujer cede o alquila su cuerpo, para que se implante un embrión en su útero. Este contrato puede tener distintas variantes, según el objeto del mismo sea únicamente la utilización del útero o vaya unido, o no, a la utilización de material genético de la gestante, pero siempre con un mismo objetivo: la entrega del nacido al otro/s contratante/s. Esta es una modalidad que se utiliza en algunos países, como Estados Unidos, que permiten que parejas heterosexuales u homosexuales puedan utilizar a una tercera persona para llevar a cabo la gestación del feto.

<sup>56</sup> Los óvulos pueden ser propios o inseminados y el acuerdo suele incluir una contraprestación pactada –que en Estados Unidos puede rondar los 100.000 dólares–, aunque no siempre. Las posibilidades son diversas: i) Portadora subrogada: su uso está indicado cuando los ovarios de una mujer tienen la capacidad para producir óvulos normalmente, pero son incapaces de llevar a término la gestación, por problemas uterinos, malformaciones, etc. En estos casos, el óvulo de esta mujer es fertilizado con los espermatozoides del marido y el embrión es transferido a la portadora subrogada; ii) Madre subrogada: se produce cuando hay una mujer incapaz de producir óvulos funcionales y también de gestar, como por ejemplo, mujeres a las que tuvieron que quitar su útero u ovario. En este caso, se puede hasta recurrir a una donante de óvulos y, después, a un «vientre de alquiler» –portadora subrogada; es decir, utilizar mujeres diferentes–.

recho debe responder a un momento histórico de intenso cambio en la familia y en la esfera de la reproducción; un cambio social, cultural y científico que obliga a analizar casos particulares y a plantear soluciones nuevas<sup>57</sup>. Concretamente, por razones biológicas, la única forma por la cual los hombres solos o las parejas de dos hombres pueden acceder a las TRA para hacer realidad su proyecto parental es mediante los acuerdos de GS<sup>58</sup>.

La LTRHA ha sido considerada por los críticos una de las leyes más permisivas en el panorama mundial. De hecho, España, en los años siguientes a la promulgación de la ley, se ha convertido en uno de los más importantes destinos europeos para las parejas que quieran tener un hijo mediante fecundación asistida. Sin embargo, aunque la ley en general resulta ser muy innovadora, por lo que atañe a la gestación por sustitución se ha optado por una posición conservadora. Así, el artículo 10.1 de la LTRHA declara «nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación por sustitución, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero». Como consecuencia de dicha nulidad, «La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» (art. 10.2 LTRHA), quedando «a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales» (art. 10.3 LTRHA)<sup>59</sup>.

Por tanto, el art. 10 de la LRA considera nulo el contrato de GS. Sin embargo, no está prohibida expresamente por el ordenamiento, lo que ha dado

<sup>57</sup> E. CORRAL GARCÍA, «El Lenguaje bioético en la normativa y jurisprudencia sobre problemas biojurídicos», en *Cuadernos de Bioética*, XXIV (2013/2).

<sup>58</sup> En 2003 nacieron en EEUU casi mil niños españoles, previsiblemente gestados de esta forma. A. DURÁN AYAGO y P. BLANCO-MORALES, «Los vientres de alquiler» (La cara y la cruz), *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 881 [20.3.2014], p. 2); Solo entre 2006 y 2010 la cifra de los acuerdos de GS celebrados a nivel internacional en aquel país incrementó en un 1000% en las cinco grandes agencias especializadas consultadas, y en 2008 casi el 40% de los nuevos «clientes» de estas agencias eran extranjeros. (Vid. Informe preliminar n° 10 de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado, sobre los problemas derivados de los acuerdos internacionales de GS, «A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements», elaborado en marzo de 2012, pp. 1-33, en p. 8). <<https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf>> (acceso el 20.04.2016). En la actualidad se estima que ya más de la mitad de los «clientes» de las agencias de GS localizadas en EEUU son extranjeros. Vid. E. FARNÓS AMORÓS, «La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología», cit, p.31.

<sup>59</sup> Además de este precepto del art. 10 LTRHA, que establece que estos contratos son nulos, hay que tomar en consideración la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, que contempla los requisitos que han de concurrir para la inscripción de estos nacimientos en el Registro Civil –al que aludiremos más adelante–.

lugar a que se busquen fórmulas, mediante «ingeniería jurídica», para burlar ese vicio. Es más, ya un juez ha admitido que tenga efectos un contrato nulo –algo incoherente desde el punto de vista jurídico– al permitir la inscripción de un niño nacido mediante una maternidad de alquiler, en virtud del principio superior de interés del menor<sup>60</sup>.

Como características de este contrato se pueden señalar: la bilateralidad o unilateralidad: los efectos serán bilaterales cuando hay remuneración y unilateral cuando esta no existe, ya que surgen obligaciones solo para una de las partes; Consensual o solemne: en algunos países no basta con el simple acuerdo entre las partes, sino que debe celebrarse un contrato escrito que establezca derechos y deberes de las partes, todo ello para efectos probatorios; Oneroso o gratuito: será oneroso en la medida en que las dos partes se beneficien, pero las prestaciones no son equivalentes, porque hay riesgo de pérdida o ganancia, mientras que si no hay remuneración será gratuito; Es principal pues no necesita otro acto jurídico; Innominado, cuando el Código civil del país del que se trate no defina este tipo de contratos; de tracto sucesivo, pues las prestaciones se cumplen en el tiempo (nueve meses de embarazo). Como requisitos pueden apuntarse: la capacidad, el consentimiento informado, el objeto (que sería el hijo, o según otros, el óvulo) lícito, causa, forma. En cuanto a la validez, licitud y eficacia, dependerá de que la legislación del país de que se trate lo admita. De este último requisito depende que el contrato se considere lícito o ilícito<sup>61</sup>.

Hay varios derechos en juego en los supuestos de gestación subrogada. Y la complejidad de estos temas no se resuelve meramente con acudir a los tribunales, primero, porque se obtienen sentencias muy dispares –como tendremos ocasión de analizar–; y segundo, porque estos conflictos no se pueden resolver confiando meramente en la ponderación. Además, habría que

<sup>60</sup> Nos referimos al Auto del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Pozuelo de Alarcón, de 28 de junio de 2012. Este Auto supone una derogación de facto del precepto y una admisión encubierta de la maternidad subrogada en nuestro país, no a que se realice dentro de nuestras fronteras, pero sí a que, efectuada en países extranjeros donde sí es legal su práctica, tenga plena eficacia jurídica una vez que los niños han sido entregados al varón, pareja de varones o pareja heterosexual que ve así colmado su deseo de ser padres. Así pues, la legislación –y últimamente la jurisprudencia– favorece en nuestro país que los deseos de maternidad o paternidad que la biología –la naturaleza– no puede satisfacer no por enfermedad, sino por imposibilidad natural, sean colmados por la vía de la reproducción asistida.

<sup>61</sup> G.P. NARANJO RAMÍREZ, *La maternidad sustituta, delegada o por encargo*, Tesis, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 1994, p. 22.



tomar en consideración las diversas circunstancias que se pueden presentar a lo largo del desarrollo del contrato<sup>62</sup>, lo que ha provocado que se acuda a los tribunales en numerosas ocasiones<sup>63</sup>. Además, lo que resulta innegable –como advierte Junquera de Estéfani– es que, «aunque la maternidad de subrogación esté prohibida y su contrato sea considerado nulo, si se ha dado y se ha producido el nacimiento de un niño, habrá que prever los efectos jurídicos de su realización»<sup>64</sup>.

Los problemas jurídicos que se originan son numerosos, tanto en relación a la madre portadora como al hijo, objeto del litigio. En primer lugar, se intenta poner en duda quién debe ser la madre. La maternidad, en su clásica certeza (*Mater Semper Certa Est*) es menos segura de lo que parece en la GS. Sin embargo, la LTRHA es clara: la filiación viene dada por el parto (art. 10.2); En segundo lugar, el llamado contrato de alquiler de útero debería considerarse nulo al igual que todo acuerdo de ese tipo ya que no se pueden contratar partes del cuerpo humano por ser éste indisponible, llegando a ser ilícito por contravenir el orden público y las buenas costumbres; En tercer lugar, y dejando aparte que sea nulo o no, hay otro factor más importante y que es el de la determinación de la filiación de ese niño. Porque aquí parece que se está favoreciendo el «derecho al hijo», y no el «derecho del hijo» a tener una familia. E inevitablemente surge la preocupación de que se considere, en todas las discusiones legales y en las batallas judiciales, al menor como un

<sup>62</sup> Así, con respecto a si la madre portadora cumple con las condiciones impuestas en el contrato por la parte contratante, especialmente en lo referente a estilo de vida, salud (por ejemplo, si se cuida lo suficiente, fuma, bebe, trasnocha); situaciones en que la madre portadora se niega u obstaculiza la entrega del niño; casos en los que los padres contratantes imponen el aborto a la madre portadora; situaciones en las que, por diversas causas (divorcio, malformaciones en el hijo, cambio de opinión, no querer hacerse cargo del niño) los padres contratantes pretenden rescindir el contrato, etc.

<sup>63</sup> Cabe citar el caso conocido como M. Baby, en 1986 en Estados Unidos. La mujer gestante, tras dar a luz a su hija, decidió no entregarla al matrimonio contratante. Los problemas suscitados, además de los derivados del incumplimiento del contrato, derivaban de las circunstancias del caso: la madre sustituta había sido inseminada con semen del varón de la pareja contratante. Los tribunales, tras un largo proceso con varias apelaciones, decidieron otorgar la custodia al varón, concediendo derechos de visita a la madre sustituta. Para consultar más casos, *vid.* E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, 2013.

<sup>64</sup> Añade el autor: «Creemos, pues, que lo más oportuno es no autorizar este tipo de sustitución maternal, puesto que los riesgos y problemas que ocasiona son demasiado elevados» (R. JUNQUERA DE ESTÉFANI, *Reproducción asistida, Filosofía ética y Filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 139).

objeto que satisface los anhelos de los futuros padres, tanto adoptivos como *in vitro*<sup>65</sup>.

Con respecto a la madre portadora, habrá que dilucidar si debe primar la voluntad de las partes contratantes en la gestación por cuenta ajena aunque suponga negar la indisponibilidad del cuerpo humano de la madre portadora, que no puede ser objeto de comercio, lo que lleva consigo riesgos éticos muy graves que ninguna norma jurídica podrá evitar. Ello implica un serio riesgo de instrumentalización de su cuerpo, ignorando la distinción básica entre personas y cosas, a efectos de la celebración de un contrato. Como recuerda Aparisi, los sistemas jurídicos occidentales tradicionalmente han entendido que, frente a la libre disposición de los objetos, las personas, incluyendo el cuerpo humano, no pueden ser objeto de comercio. Por consiguiente, la libertad de los individuos para establecer contratos en mutuo provecho tiene límites, en concreto, cuando el objeto de dicho contrato es el mismo ser humano, su cuerpo y sus funciones más esenciales, tal y como ocurre con el contrato de alquiler de útero<sup>66</sup>.

Con respecto al hijo, que es fruto de un procedimiento de subrogación, es consecuencia del acuerdo alcanzado por los futuros padres, la mujer portadora, entidades intermediarias, bufete jurídico, etc. En dicho contrato se especifican las cláusulas que regularán las condiciones del proceso hasta el nacimiento, así como las contraprestaciones económicas. Ello hace pensar que, en realidad, el contrato de subrogación se asemeja peligrosamente a un contrato de compraventa de niños o, cuando menos, supone mercantilizar la filiación, ya que generalmente por él se habrá establecido un precio. Además, la experiencia ha demostrado que el niño queda en una posición vulnerable, al depender su situación de las cláusulas establecidas en dicho contrato, lo cual no asegura, en absoluto, la protección de sus intereses y derechos<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> E. CORRAL, «El Lenguaje bioético en la normativa y jurisprudencia sobre problemas biojurídicos», cit. En relación a las dificultades que conlleva un contrato de estas características, habría que añadir el de qué sucede si la madre gestante desea romper el contrato y solicita la filiación para ella; o si el niño nace con algún tipo de discapacidad y ni la madre gestante ni la otra parte contratante quieren quedarse con el niño, y tantas otras posibilidades que pueden presentarse.

<sup>66</sup> Junto a los problemas jurídicos citados se presentan otros morales. En relación a la madre portadora, se presenta el de la concepción dualista de la persona, planteamiento, típico de la modernidad, según el cual la persona en realidad es pura autonomía: el sujeto humano se reduce a un ser pensante y autónomo, mientras que su cuerpo es «algo», una cosa de la que puede disponer a discreción y que no le constituye esencialmente como persona. *Vid.* A. APARISI y J. LÓPEZ GUZMÁN, «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», cit., p. 259.

<sup>67</sup> En nuestro ordenamiento jurídico, se ha plasmado en cuestiones tales como si debe de primar el interés superior del menor nacido utilizando este procedimiento reproductivo, o debe pre-

Éste es uno de los desafíos que debe afrontar la biojurídica: ¿debe darse carta de naturaleza a las técnicas que alteran no ya la biología humana, sino el modo de reproducirse de la especie?<sup>68</sup>. Los deseos de las parejas estériles deben ser escuchados y atendidos, utilizando los avances de la técnica, pero siempre y cuando no suponga una lesión de los derechos de otros sujetos que pueden verse perjudicados (madre portadora, hijo, etc.).

### 5.1. *Regulación legal y jurisprudencial del proceso de gestación por sustitución materna en España*

No hay consenso nacional ni internacional en cuanto a la admisibilidad del procedimiento de GS<sup>69</sup>. En la India<sup>70</sup> como en algunos estados de EEUU<sup>71</sup> y en otros países está permitido el procedimiento. En esos estados, se atribuye el término *surogacy* al acuerdo mediante el cual una mujer

---

valer la voluntad del legislador de negarles su derecho al establecimiento de la filiación como consecuencia de las condiciones en que se produjo su nacimiento. Conviene recordar que determinados derechos, como el interés superior del menor, han sufrido una importante evolución, pasando de un estadio en el que predominaba el poder paterno, a una etapa en la que prevalecen los derechos del individuo.

<sup>68</sup> Como advierte J. Ballesteros, la nueva categoría de derechos reproductivos –consolidada en las Conferencias de El Cairo y Beijing– contempla claramente que «solo los adultos son personas y sujetos de derechos, mientras que los embriones y los niños son reducidos a la categoría de objetos que pueden crearse o destruirse según el deseo de los adultos». (J. BALLESTEROS, en J. MEGÍAS QUIRÓS (coord.), *Manual de Derechos Humanos*, Cizur Menor, 2006, p. 143.

<sup>69</sup> La gestación por sustitución ha sido objeto de análisis en el ámbito del Derecho Internacional Privado, en la medida en que las diferencias normativas entre los Estados, ha supuesto que aquellas personas o parejas que quieren tener un hijo a través del empleo de estas técnicas, acudan a determinados países, en los que se permite su utilización. El establecimiento de la filiación con elementos extranjeros es uno de los temas más polémicos del Derecho Internacional Privado, toda vez que está intrínsecamente unido a la noción de familia, a la de orden público (nacional e internacional), a medidas de protección de menores y niños, así como a las garantías constitucionales y los derechos humanos de los hijos y de los padres. Esto ha dado lugar a un estudio amplio de los problemas que esta modalidad de gestación puede producir, entre los que cabe destacar el Informe de la Conferencia de Derecho Internacional privado de La Haya –ya citado–.

<sup>70</sup> En el caso de la India no parece haber en tal Estado control judicial alguno de los contratos de alquiler de vientres, por lo que la Instrucción de la DGRN de 2010 española no ampararía la inscripción en el Registro Civil español de las filiaciones respecto de los comitentes. Además, una Circular de la India, de 2012, del *Union ministry of home affairs*, establece, entre otras condiciones, que el Ministerio de Exteriores o la Embajada de dicho país de procedencia de la pareja (España, en nuestro caso) debe certificar que en dicho país se reconoce la subrogación y que el niño no podrá entrar en el país como hijo biológico de la pareja comitente.

<sup>71</sup> El único país que emite sentencia judicial de filiación, requisito indispensable para que el niño sea reconocido como español e hijo de los padres intencionados o contratantes es EEUU.

asume la obligación de gestar un embrión (concebido mediante técnicas de reproducción asistida) y posteriormente entregar el recién nacido a la pareja comitente a cambio de una contraprestación pecuniaria. Existe también la posibilidad de utilizar el óvulo de la mujer que alquila el útero, lo que implica la posibilidad de que ésta opte por no entregar el recién nacido. En estos casos se permite la celebración de un acuerdo de voluntades; una relación contractual que, incluso, puede ser onerosa<sup>72</sup>. Los futuros padres deben acudir a un tribunal competente para que determine su filiación. California es uno de los lugares en donde las leyes son más laxas<sup>73</sup>.

Existe una posición minoritaria a favor de que esta práctica no se prohíba en España. Para Atienza<sup>74</sup> la legislación española no establece una prohibición para la puesta en práctica de la técnica, sino una previsión de nulidad de los contratos que la establezcan. Una diferencia que desde el punto de vista estrictamente positivista ya sería suficiente para rechazar la interpretación de

<sup>72</sup> M<sup>a</sup> O. VÁZQUEZ GODOY, *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 295-298.

<sup>73</sup> En Internet se puede encontrar publicidad de estos servicios y el procedimiento a seguir. <[www.20minutos.es/noticia/1775366/0/vientre-de-alquiler/registro-civil/bebes/#xtor=AD-15&x-ts=467263](http://www.20minutos.es/noticia/1775366/0/vientre-de-alquiler/registro-civil/bebes/#xtor=AD-15&x-ts=467263)> [acceso el 10.11.2015].

<sup>74</sup> Atienza sostiene que la gestación por sustitución no está prohibida en nuestro Derecho y no es una institución que atente contra la dignidad humana ni contra ningún principio o valor fundamental del ordenamiento jurídico español. Se ha pronunciado sobre esta cuestión al menos en tres ocasiones. La primera, «Reproducción humana asistida: sobre la nueva ley», *El Notario del Siglo XXI* (9 septiembre-octubre, 2006): «Las posturas se sitúan entre dos extremos: el de los partidarios de prohibir los cinco supuestos, que es el caso de la Iglesia católica, y el de quienes abogan por permitirlos todos, o sea, quienes defienden una posición ‘liberal’» [ ] «Los prohibicionistas tienden a defender sus tesis con el argumento de la dignidad humana, mientras que los liberales recurren sobre todo a argumentos que se apoyan en las ideas de autonomía y de felicidad». En la segunda, «De nuevo sobre las madres de alquiler», n<sup>o</sup> 27 (septiembre-octubre, 2009), analiza el polémico caso que la Dirección General de los Registros y del Notariado resolvió el 18 de febrero de 2009 y defiende que: «La gestación por sustitución no va en contra del orden público de ninguno de los sistemas jurídicos pertenecientes al constitucionalismo contemporáneo: en algunos es positivamente regulado: como es el caso de California, mientras que en otros (como en España) se trate de desalentarlos con no muy buenos resultados» [...] Pero además –este sería el segundo aspecto a incorporar–, aunque se pensara que la gestación por sustitución está (implícitamente) prohibida por la ley 14/2006, lo que me parece bastante claro es que esa práctica no contradice ningún principio moral racionalmente justificado, ni tampoco los principios y valores de la Constitución española». En la última ocasión, «Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos», *El Notario del Siglo XXI*, 64 (noviembre-diciembre, 2015), disponible en: <[www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/5373-gestacion-por-sustitucion-y-prejuicios-ideologicos](http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/5373-gestacion-por-sustitucion-y-prejuicios-ideologicos)> [acceso el 01.12.2015], reafirma que no se puede erigir como un obstáculo que impida la inscripción en España de niños nacidos en el extranjero (en un Estado que regule esa institución) mediante gestación por sustitución.

que existe una verdadera prohibición de la técnica. No obstante, el autor niega cualquier ilícito moral o incluso atentado a cualquier principio bioético. Es decir, que la gestación por sustitución no está categórica ni expresamente prohibida en nuestro Derecho ya que la nulidad de pleno derecho de dichos contratos no equivale necesariamente a una sanción y la ley no establece ninguna sanción para quien participa en estas prácticas. Lo único que hace la ley es desalentar su práctica.

Las personas que recurren al vientre de alquiler y traen consigo al niño/a a España, deben proceder a su inscripción en el Registro Civil, estableciendo su filiación, para que tenga efectos en el país<sup>75</sup>. Se parte de la suposición de que el ciudadano español cuya firma solicita la legitimación notarial en España no aspira a que el contrato de gestación por sustitución surta efectos solamente fuera de España (en la India o en California o en el país donde tenga lugar la gestación y el nacimiento). Lo que pretende el español es traer consigo a España al menor nacido por GS en el extranjero y ser determinado legalmente como su padre o su madre en nuestro país, sea él o ella solamente, sea junto con su pareja o cónyuge. El hecho de que la madre que ha prestado su vientre permanezca callada y no denuncie el contrato realizado, podría hacer pensar que los comitentes podrían estar tranquilos. Sin embargo, la posterior exigencia de inscripción en el Registro Civil, tanto del hijo como de la filiación, lleva consigo unos requisitos concretos. Para comprender la complejidad que se presenta en demandas de filiación de estas características, vamos a referirnos a un caso concreto.

Un matrimonio de dos varones españoles solicita en el Registro español la inscripción del nacimiento de dos bebés, ocurrido en octubre de 2008 en San Diego, California (Estados Unidos) mediante gestación de sustitución. Este matrimonio, previamente, había solicitado sin éxito la inscripción en el Registro Civil Consular de Los Ángeles, presentando el certificado registral californiano del nacimiento de los menores donde constaban ambos mandantes como padres. El encargado del Registro Consular de Los Ángeles-California lo denegó. Los dos varones interpusieron recurso ante la Dirección Ge-

---

<sup>75</sup> Para justificar este tipo de contrato, se suele aducir que la madre subrogada nunca es donante de óvulos por lo que, al no aportar material genético, se facilita su desvinculación legal, lo cual no se ajusta a la realidad en muchas ocasiones, aportando la madre gestante también sus óvulos. El proceso conlleva que: i) El recién nacido sólo puede ser inscrito como hijo del padre varón; ii) La madre, por su parte, tiene que tramitar la adopción en España, una vez que la madre de alquiler renuncie a sus derechos y obligaciones sobre el niño.

neral de los Registros y el Notariado (DGRN) y ésta lo aceptó y ordenó dicha inscripción, mediante Resolución de 18 de febrero de 2009<sup>76</sup>. Esta Resolución ordenó la inscripción en dicho Registro Civil Consular con las mismas menciones de filiación que obraban en la citada certificación norteamericana<sup>77</sup>. De la noticia dada por la prensa se desprende que el óvulo fue donado por una mujer distinta de la gestante y fue fecundado «in vitro» con el semen de uno de los dos españoles<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (D.G.R.N.) de 18 de febrero de 2009. <<http://portaljuridico.lexnova.es/doctrinaadministrativa/JURIDICO/50165/resolucion-dgrn-de-18-de-febrero-de-2009-inscripcion-de-nacimiento-acaecido-en-california-por-m>> (acceso el 20.12.2015).

<sup>77</sup> La Instrucción establece la necesidad de presentar ante el Registro Civil una resolución judicial de un tribunal competente en el país de origen que garantice que la gestante está en pleno uso de sus facultades en el momento de la renuncia a su maternidad y que el contrato de gestación por sustitución se ajusta a la legalidad. La primera directriz de la Instrucción dispone en su apartado uno que «la inscripción del nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido». Y la segunda directriz de la Instrucción prevé que «en ningún caso se admitirá como apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido una certificación registral extranjera o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante». Es decir, la Instrucción citada pone como condición para inscribir a los niños nacidos por subrogación materna o vientre de alquiler en el extranjero dos condiciones básicas: i) Que el país en donde se realiza dicho procedimiento tenga una ley que lo ampare en donde esté legalizada y normalizada esta práctica; ii) Que dicho país emita una sentencia firme de filiación, donde un juez certifique que la madre subrogada o el vientre de alquiler realiza este proceso de forma libre sin coacción y que confirma que la paternidad y maternidad del futuro bebé es de los padres intencionados o contratantes. La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores. (Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Disponible en: <[www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf](http://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf)> [acceso el 10.10.2015]).

<sup>78</sup> Como sostiene Muñoz de Dios, refiriéndose a la Resolución de la DGRN de 2009, «posiblemente sea la primera Resolución de la DGRN sobre inscripción de “nacimientos acacidos en el extranjero” en el Registro Civil español en la que no se mencione en absoluto el indicado artículo 23.2 LRC. Así, se saca de contexto el art. 81 RRC, como si fuese la única norma aplicable al caso, inaplicando, como si no existiese, el art. 23.2 LRC, infringiendo así el art. 3 del Código

Esta Resolución fue recurrida por el fiscal ante el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia que dejó sin efecto la inscripción practicada: el juez entendió que el encargado del Registro Civil debía haber examinado la legalidad conforme a la ley española, que atribuye la maternidad a la gestante. Este razonamiento fue asumido por la sección 10 de la Audiencia provincial de Valencia que ratificó la decisión en el recurso de apelación que los dos varones interpusieron.

Como la inscripción practicada a resultas de dicha Resolución de 2009 fue anulada en sede judicial, poco tiempo después, la Dirección General de los Registros y del Notariado dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010<sup>79</sup>, con la finalidad de establecer las pautas a seguir por los Encargados del Registro Civil ante supuestos de esta naturaleza, estableciendo el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. La Instrucción permite que la filiación a favor del padre o padres comitentes se inscriba y despliegue efectos en España, siempre que no conste la filiación materna a favor de la gestante. Es requisito básico para la inscripción la presentación de una resolución judicial del país de origen del menor que así lo acredite. Esta exigencia, que ha sido objeto de críticas<sup>80</sup>, pretende garantizar la protección del interés del menor, asegurando que no se incurre en tráfico de menores, así como que se respetan la capacidad y libre consentimiento de la gestante<sup>81</sup>.

---

Civil que obliga a una interpretación sistemática de las normas». Es más, el autor sospecha que la admisión de este tipo de contratos obedece a una concesión a las parejas formadas por personas del mismo sexo, y se pregunta si: «¿Habría llegado la DG a la misma conclusión si los promotores del “alquiler de vientre”, en lugar de dos hombres del mismo sexo, hubiesen sido hombre y mujer unidos en matrimonio o pareja estable?»; cfr. L. F. MUÑOZ DE DIOS, «El Registro Civil admite el alquiler de vientres», *Notario del siglo XXI*, 27 (septiembre-octubre, 2009). Disponible en: <www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-27/opinion/opinion/1447-el-registro-civil-admite-el-alquiler-de-vientre-048854300890913516> [acceso el 10.12.2015].

<sup>79</sup> BOE nº 243, de 7 de octubre de 2010. <www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf> [acceso el 20.12.2015].

<sup>80</sup> Se apunta a que el requisito podría entrar en contradicción con la legislación registral española, en cuanto también permite el reconocimiento de certificaciones registrales extranjeras.

<sup>81</sup> Después de la Instrucción, entre mayo y diciembre de 2011 se interpusieron al menos quince recursos ante la DGRN. De éstos, once se resolvieron a favor de los recurrentes, padres comitentes; tres fueron desestimados; y uno se resolvió admitiendo el desistimiento de los promotores. En doce casos el acceso a la GS había tenido lugar en EEUU, mientras que en los tres, que se resolvieron negativamente, el acceso había tenido lugar en la India. Posiblemente el no reconocimiento en España de la filiación derivada de GS realizada en la India, dada la falta de resolución judicial que acreditara la filiación que se pretendía y la identidad de la madre gestacional, determinó que dicho país acabara paralizando la celebración de estos acuerdos con comitentes españoles.

Finalmente, los dos varones interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo. La Sala Primera resolvió, en Pleno Jurisdiccional, mediante STS de 6 de febrero de 2014<sup>82</sup>. La Sala no deniega la inscripción de los niños en el Registro Civil español, pero sí la constancia de su filiación por no ser procedente en el sentido que habían interesado los recurrentes. La sentencia de la Sala centra la cuestión en si es posible el reconocimiento por el Registro Civil español de inscripciones de nacimiento extranjeras realizadas por organismos equivalentes al Registro Civil español.

La sentencia no admite el argumento del «interés superior del menor» como medio para conseguir resultados contrarios a la ley, a la que el juez está sometido<sup>83</sup>. Tal concepto ha de ser interpretado conforme a los valores de la sociedad, no correspondiendo a los tribunales ejercer funciones que corresponden al legislador. Deben ponderarse todos los bienes jurídicos en juego, así como los principios de respeto a la dignidad de la gestante, y también el interés del menor en no ser objeto de tráfico mercantil<sup>84</sup>. El Tribunal también rechazó la alegación de discriminación, pues la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no era que ambos solicitantes fueran varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California.

Hubo cuatro votos particulares de la sentencia donde analizan las tendencias actuales en el plano nacional e internacional para regularizar y flexibilizar estos supuestos, desde el cambio de requisitos exigidos por la DGRN

<sup>82</sup> STS (Sala 1ª Pleno) de 6 de febrero de 2014. Gestación por sustitución. Reconocimiento de decisión extranjera. Es necesario que no sea contraria al orden público internacional español. Disponible en: <[www.migrarconderechos.es/jurisprudenciaMastertable/jurisprudencia/STS\\_06\\_02\\_2014;jsessionid=C3AF5313EB6A99357AC4F521046BA003](http://www.migrarconderechos.es/jurisprudenciaMastertable/jurisprudencia/STS_06_02_2014;jsessionid=C3AF5313EB6A99357AC4F521046BA003)> [acceso el 10.10.2015].

<sup>83</sup> Esta sentencia del TS de 2014 pone especialmente de manifiesto las consecuencias negativas de recurrir a conceptos jurídicos indeterminados tales como el «orden público internacional», el «principio del favor filii» o el propio interés del menor para otorgar validez o no a situaciones que han surgido en otros países en donde dichas situaciones son perfectamente legales.

<sup>84</sup> «La concreción de dicho interés del menor debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, no los personales puntos de vista del juez; sirve para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma». (...) «La protección del interés superior de los menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores».



para permitir la inscripción, los reconocimientos de ciertos efectos a estos contratos por los tribunales de la jurisdicción social de nuestro país y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, o el análisis de la cuestión por la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya para la regularización internacional de la maternidad subrogada. De lo anterior concluyen que corresponde al legislador garantizar los derechos de todas las partes, pero que en este caso la aplicación del principio del orden público perjudica a los menores privándoles de su identidad y de su núcleo familiar. Por último, la sentencia, con base en la obligación de los poderes públicos de atender al interés del menor, declara que debe permitirse la integración del niño en su familia, y ante la falta de datos en el procedimiento sobre la situación familiar de estos menores, insta al Ministerio Fiscal, al que corresponde velar por la protección del menor, a que inicie las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación de los menores y su protección dentro de su propio núcleo familiar a través de figuras como el acogimiento familiar o la adopción.

La STS de 6 de febrero de 2014, sin advertirlo expresamente, derogaba tácticamente la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la DGRN, y, de forma estricta, aplica el orden público que se desprende del artículo 10 de la LTRA, que declara nulo el contrato de maternidad subrogada y obliga a determinar la filiación por el parto en favor de la madre. No basta con el reconocimiento de la resolución extranjera por la que se establece la filiación conforme al Derecho nacional de aquel Estado. *Conditio sine qua non* del reconocimiento, señalaba ahora el Tribunal, será que no sea contraria al orden público internacional español, denegando la inscripción en España de la filiación del niño así concebido y nacido. El pronunciamiento judicial paralizó todas las inscripciones que estaban pendientes. Dicho de otra manera, en el ordenamiento jurídico español también pesa una prohibición de orden público sobre el contrato de gestación por sustitución.

Pocos meses después de la STS de 6 de febrero de 2014, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (TEDH) dictó sentencia en los asuntos 65192/11 (Mennesson c/ Francia)<sup>85</sup> y 65941/11 (Labassee c/Francia)<sup>86</sup>. Así, la sentencia (STEDH) de 26 de junio de 2014, asunto Mennesson contra

<sup>85</sup> Disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145179>> (acceso el 20.04.2016).

<sup>86</sup> Disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145180>> (acceso el 20.04.2016).

Francia obliga a inscribir en el Registro civil la filiación de unos niños gemelos nacidos en California procedentes de un vientre de alquiler en favor de sus padres de intención y a atribuirles la nacionalidad francesa, en contra de la doctrina sentada hasta este momento por la Corte de Casación francesa que considera esta actuación en fraude de ley al existir una prohibición de orden público sobre este contrato y sobre sus efectos<sup>87</sup>. El TEDH consideró que Francia había vulnerado el artículo 8 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos por haber impedido a los niños nacidos por gestación por sustitución la determinación de su filiación por ningún medio, impidiendo incluso la determinación de la filiación biológica paterna, puesto que los maridos habían aportado su semen. El Tribunal consideró que esta negativa a que pudiera determinarse de ningún modo la filiación de los menores, afectaba de manera directa al derecho a la vida privada de los niños. El TEDH entiende que negar el registro vulnera los derechos de estos menores, garantizados por convenios internacionales que deben estar por encima de las regulaciones nacionales de la reproducción asistida<sup>88</sup>.

<sup>87</sup> J. FLORES RODRÍGUEZ, «Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso no 65192/11», en *La Ley*. Derecho de familia, 7 de julio de 2014, *Diario La Ley*, *La Ley*, n° 8363, Sección Tribuna, 28 de julio de 2014, Año XXXV, Ref. D-255.

<sup>88</sup> El alto Tribunal francés, en estos dos casos, cuyos fundamentos jurídicos en buena parte coinciden, había considerado que el interés superior del menor es un concepto que debe plasmarse de forma indubitada en el establecimiento de la filiación, haciendo posible desde el nacimiento del niño que su filiación quede acreditada, sin que ello pueda verse afectado por el diferente tratamiento normativo sobre la gestación por sustitución que pueda haber en el país en que residen los padres intencionales y donde residirá el propio menor. En ambos casos, se trataba de matrimonios heterosexuales de origen francés que ante la prohibición en Francia de la gestación por sustitución habían recurrido a dos estados de EEUU en que esta práctica es legal (California y Minnesota). En los dos casos el semen lo habían aportado los respectivos maridos y el óvulo procedía de donante. Aunque en los estados de EEUU en que nacieron los niños los padres intencionales constaban a todos los efectos como sus padres legales, en Francia, se les denegó el acceso al Registro Civil por considerar que esto atentaba contra el orden público internacional francés. Aun así, habían podido vivir en Francia como verdaderas uniones familiares, aunque sin ser reconocidos los hijos como ciudadanos franceses. La *Court de Cassation* denegó las respectivas solicitudes de inscripción de filiación o de reconocimiento de sentencias solicitadas por los recurrentes, bajo el criterio de que la gestación por sustitución (*gestation pour autrui*) incurre en una nulidad de orden público según el artículo 16-9 del Código Civil francés. Los recurrentes invocaron el art. 8 del Convenio Europeo, por el perjuicio que para el interés superior del menor se deriva del hecho de no poder obtener en Francia el reconocimiento de una filiación legalmente reconocida en el extranjero. El Tribunal examina si esta injerencia es «necesaria» «en una sociedad democrática». En este sentido subraya que, consideradas las delicadas cuestiones éticas que se suscitan sobre este tema y la falta de consenso sobre el mismo en Europa, los Estados deben

Si en febrero de 2014, después de la sentencia del Tribunal Supremo se paralizaron en España las inscripciones en el Registro Civil de niños nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución, a raíz de las sentencias del TEDH, la DGRN emitió una circular el 11 de julio de 2014 por la que se autorizaba a los Cónsules españoles a seguir aplicando la Instrucción de 5 de octubre de 2010 como consecuencia de la jurisprudencia europea. A su juicio, el caso tratado en la sentencia del Supremo no afectaba a esta Instrucción, ya que, lo que pretendía la Resolución de la DGRN anulada por esta sentencia, era la transcripción de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español, mientras que la Instrucción no regula la transcripción, sino el procedimiento de reconocimiento que ha de seguirse *ad hoc* para poder inscribir a los niños nacidos en el extranjero a través de la gestación por sustitución en el Registro Civil español<sup>89</sup>. Haciéndose eco de esta STS y, partiendo de la

---

disponer de un amplio margen de apreciación en sus opciones relativas a la gestación por sustitución. Sin embargo, este margen de apreciación debe limitarse cuando se trata de la filiación, ya que ello afecta a un aspecto esencial de la identidad de las personas. Por otra parte, incumbe al Tribunal decidir si se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de los individuos directamente afectados, habida cuenta en particular del principio esencial según el cual, cada vez que está en cuestión la situación de un niño, debe primer el interés superior de éste. Por lo que se refiere a la vida familiar de los recurrentes, el Tribunal observa que esta se ve necesariamente afectada por la falta de reconocimiento por el derecho francés de la relación de filiación entre los hijos y los esposos que contrataron la gestación en el extranjero. En relación al respeto de la vida privada de los niños así nacidos, «el Tribunal aprecia que estos se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica: sin ignorar que los niños han sido identificados en el extranjero como hijos de los recurrentes, Francia les niega, sin embargo, esta consideración en su ordenamiento jurídico. El Tribunal considera que tal contradicción atenta al reconocimiento de su identidad en el seno de la sociedad francesa. Por añadidura, a pesar de que su padre biológico sea francés, los niños se ven abocados a una inquietante incertidumbre en cuanto a la posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa, una indeterminación susceptible de afectar negativamente la definición de su propia identidad». El Tribunal aprecia, además, que estos niños no pueden heredar de los esposos recurrentes sino en tanto que legatarios, de forma que los derechos sucesorios se calculan de forma menos favorable, evidenciando así otro elemento de la identidad filial de los que se encuentran privados. «Obstaculizando de esta manera tanto el reconocimiento como el establecimiento de su vínculo de filiación respecto de su padre biológico, el Estado francés ha ido más allá de lo que le permitía su margen discrecional, por lo que el Tribunal concluye que se ha ignorado el derecho de los niños al respeto a su vida privada, violando el artículo 8 del Tratado».

<sup>89</sup> Se trata de una distinción relevante porque, en el caso de la transcripción, lo que se pretendería es la incorporación casi automática al Registro Civil español del asiento que consta en el Registro Civil extranjero sin entrar a valorar la relación jurídica que lo provocó, siendo ésta lo determinante en el caso del reconocimiento, que es lo que regula la Instrucción DGRN de 2010. Para mayor información, *vid.* A. DURÁN AYAGO, «El acceso al Registro Civil», *cit.*, pp. 265-308. Aunque ciertamente la Instrucción es ajustada a Derecho, desde que se dictó esta Instrucción se ha

actual regulación en España, la Resolución del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, de 11 de noviembre de 2014<sup>90</sup> sostiene que atendiendo al criterio de producción no debe procederse a la autorización notarial de firmas.

Siguiendo con esta intensa actividad jurisprudencial de los últimos dos años en relación a la GS, el Tribunal Supremo ha precisado, en su auto de 2 de febrero de 2015<sup>91</sup>, por qué considera que su sentencia de febrero de 2014, en la que determina que no es posible que accedan al Registro Civil español las actas registrales de nacimiento de dos menores, hijos de españoles, nacidos en Estados Unidos mediante gestación por sustitución por contrariar el orden público internacional español, no se contrapone con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, basándose principalmente

---

discutido su legalidad, puesto que va más allá de lo que la ley precisa; es decir, se discute si se ha extralimitado la DGRN atribuyéndose un papel de cuasilegisador que no le corresponde. Sobre esta cuestión, *vid.* R. BARBER CÁRCAMO, «La «legalización administrativa» de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 739, 2013, pp. 2905-2950; A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 3, n° 1 (2013), pp. 247-262; J. CERDÁ SUBIRACHS, «La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de Octubre de 2010 de la DGRN», *Diario La Ley*, n° 4893 (2011); M. P. FERRER VANRELL, «La transgresión del principio de igualdad en la instrucción de DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución», en B. VERDERA IZQUIERDO (dir.), *El principio de igualdad ante el derecho privado: una visión multidisciplinar*, Dykinson, 2013, pp. 15-38; C. LASARTE ÁLVAREZ, «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», *Diario La Ley*, n° 7777 (17 de enero de 2012).

<sup>90</sup> Desde el antiguo art. 260 del Reglamento Notarial le exigía al notario, para legitimar firmas, apreciar que el documento no contuviese nada contrario a las leyes, a la moral y a las buenas costumbres. El Real Decreto 45/2007 de Reforma del Reglamento Notarial, que dio lugar a la redacción del nuevo art. 262, impone al notario, para realizar testimonios o legitimaciones de firmas, dos deberes de apreciación: 1º. Deberá apreciar el interés legítimo de los solicitantes en su pretensión; 2º. Deberá igualmente apreciar que el contenido del documento testimoniado no sea contrario a las leyes o al orden público. «Como puede observarse, la redacción actual sustituye la referencia a la moral y las buenas costumbres por la del orden público, en un esfuerzo por objetivar dichos límites al contenido de los documentos testimoniales, en sintonía con el principio imperante de la autonomía y el relativismo morales». Pero si la moral y buenas costumbres suponía un concepto jurídico demasiado indeterminado, «no menos indeterminado, vaporoso y controvertible resulta el nuevo parámetro del orden público». ¿Se refiere sólo al orden público interno, que viene dado por el conjunto de normas imperativas y prohibitivas propias del ordenamiento jurídico español? ¿alude al orden público internacional español, que excepciona la aplicación del Derecho extranjero? (Resolución del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, de 11 de noviembre de 2014).

<sup>91</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. *Recurso Num.*: 245/2012. Incidente de nulidad de actuaciones.

en el distinto alcance que tiene la prohibición de la gestación por sustitución en Francia y en España<sup>92</sup>. Hasta llegar al citado auto, ha debido recorrerse un largo camino judicial, que aún no ha concluido<sup>93</sup>.

En el citado Pronunciamiento de 2 de febrero de 2015<sup>94</sup>, sobre la legalidad conforme a la Ley española de los asientos extendidos en los Registros extranjeros, el Tribunal Supremo ha sostenido que la sentencia que este Tribunal había dictado en febrero de 2014, contraria al reconocimiento de estas filiaciones en el Registro Civil español, no contradecía las sentencias del TEDH Mennesson y Labassee, pues en el caso español no se había impedido que la filiación biológica de los niños, conforme al art. 10.3 Ley 14/2006, pudiera acreditarse, lo que sí se había impedido en Francia y de ahí ambas sentencias. El TS valora someramente por qué considera que no se han vulnerado los derechos fundamentales alegados por los recurrentes, antes de analizar de forma extensa la incidencia de las sentencias del TEDH en su sentencia<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> A. DURÁN AYAGO, «Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución» en *Bitácora Millennium DIPr*, n° 2.

<sup>93</sup> Actualmente, está pendiente de admitirse el recurso que han planteado los recurrentes ante el Tribunal Constitucional.

<sup>94</sup> En el citado Pronunciamiento se citan dos sentencias que se habían dictado recientemente, aludiendo a alguno de los fundamentos jurídicos de las mismas: STEDH de 27 de enero de 2015, *Paradiso y Campanelli*: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%22:\[%22FRA%22\],%22itemid%22:\[%22001-150770%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%22:[%22FRA%22],%22itemid%22:[%22001-150770%22]}) (Acceso el 15.04.2016); y Sentencia del Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof* BGH) de 10 de diciembre de 2014: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Sort=3&anz=193&pos=1&nr=69759&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf> (Acceso el 15.04.2016).

<sup>95</sup> Así, respecto de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, aludiendo a que la sentencia se ha basado en hechos o circunstancias que no están probados, como la existencia de un contrato de gestación por sustitución o de una sentencia de un tribunal de California o el carácter artificial de la vinculación de la situación jurídica controvertida con Estados Unidos, considera el Tribunal que los recurrentes tenían la disponibilidad de la prueba, y aun admitiendo los hechos fundamentales, no aportaron los documentos acreditativos de los mismos. Tampoco considera procedente en este momento procesal que se aporten elementos que justifiquen la vinculación real de la situación con el Estado extranjero cuya decisión se pretendía que fuera reconocida en España. En cuanto a la alegación de vulneración del derecho a la igualdad sin sufrir discriminación, apunta el Tribunal Supremo que la interdicción de discriminación por razón de filiación no exige que el ordenamiento jurídico español deba reconocer como filiación la relación que deriva de haber concertado con la gestante un contrato de gestación por sustitución. Siendo el legislador español soberano a la hora de atribuir el carácter de relación paterno filial a determinadas relaciones distintas de la paternidad o maternidad biológicas, no ha considerado oportuno otorgar este carácter al contrato de gestación por sustitución sin que esto implique, a su juicio, discriminación alguna, ni respecto del origen de la filiación ni respecto a las relaciones entre parejas del mismo sexo, puesto que la respuesta habría sido idéntica, apunta, si se hubiera tratado de una pareja heterosexual.

Para el Tribunal Supremo en lo único que coincide su sentencia con las dictadas por el TEDH es que en ambas se deniega la transcripción al Registro Civil de las actas extranjeras de nacimiento que establecen la filiación de los niños respecto de los padres comitentes en contratos de gestación por sustitución, y apunta hasta cuatro diferencias en los pronunciamientos para considerar que la jurisprudencia del TEDH en estos casos no es aplicable a la sentencia analizada<sup>96</sup>.

Poco antes de las sentencias *Mennesson* y *Labassee*, el Consejo de Ministros español había aprobado un proyecto de reforma de la Ley 20/2011 del Registro Civil en la que se introducía un nuevo párrafo, en el artículo 44, que traslucía nuevos obstáculos al reconocimiento en España de la filiación de los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero<sup>97</sup>. Debido a la presión ejercida por parte de las asociaciones que en España promueven el reconocimiento de la gestación por sustitución<sup>98</sup> a raíz de las sentencias del TEDH, el Ministro de Justicia se comprometió a introducir una regulación acorde a estas sentencias<sup>99</sup>, aunque finalmente se retiró la enmienda, en buena medida debido a la inter-

<sup>96</sup> *Vid.* DURÁN AYAGO, cit.

<sup>97</sup> Concretamente, el tenor de este párrafo era el siguiente: «En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará en todo caso la filiación materna correspondiente a la madre gestante, siendo necesaria para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la madre sobre dicha filiación; si la madre estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación. En cualquier otro caso, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur». (*Vid.* A. DURÁN AYAGO, «Valoración del proyecto presentado por el gobierno para regular la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada», en <[www.gestacion-subrogada.com/valoracion-proyecto-de-ley-registro](http://www.gestacion-subrogada.com/valoracion-proyecto-de-ley-registro)>) [acceso el 29.04.2016].

<sup>98</sup> Cabe destacar la actividad de «Son Nuestros Hijos», una asociación de familias en su mayoría homoparentales que impulsó una petición para permitir la inscripción en España de los nacidos en el extranjero mediante GS: «Más de 71.000 personas piden a Gallardón que permita registrar a los nacidos de “vientre de alquiler”», *La Ley*, n.º 8346, 3.7.2014 (*La Ley* 157671/2014). Por su parte, la «Asociación por la Gestación Subrogada en España» ha apoyado una Iniciativa Legislativa Popular para su regulación: <[www.gestacionsubrogadaenespana.es/4.htm](http://www.gestacionsubrogadaenespana.es/4.htm)>. Como resultado de estas peticiones, el Gobierno español llegó a estudiar fórmulas legales para aplicar la reciente doctrina del TEDH en esta materia: «Los nacidos por maternidad subrogada serán inscritos en el Registro Civil», *La Ley*, n.º 8354, 15.7.2014 (*La Ley* 166443/2014); y «Catalá anuncia la inscripción de los nacimientos por vientre de alquiler en el Registro Civil», *La Ley*, n.º 8441, 15.12.2014 (*La Ley* 287799/2014).

<sup>99</sup> Puede consultarse el *iter* de estas enmiendas en A. DURÁN AYAGO, «Gestación por sustitución. Y de repente el PSOE...», en <<http://diarium.usal.es/aduran/2015/06/01/gestacion-por-sustitucion-y-de-repente-el-psoe/>> [acceso el 29.04.2016].

pretación que el Tribunal Supremo ha realizado de las sentencias del TEDH, de manera que en la publicación de la *Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil* ha desaparecido toda mención a la gestación por sustitución<sup>100</sup>.

Las diversas sentencias a las que acabamos de hacer referencia, como la propia regulación legal de la que derivan, han provocado una intensa polémica. Los defensores de que el legislador regule esta realidad a la que no puede cerrar los ojos, argumentan que no es justo que un niño quede, sin identidad ni filiación jurídica, en el limbo jurídico, ni que sus padres estén sufriendo este calvario judicial, pero parece que el Derecho, hoy por hoy, no permite otra alternativa. Se podrá alegar la infracción del principio fundamental del interés superior del menor, se podrá rebatir fundadamente que el convenio de gestación por subrogación sea contrario al orden público español, pero ahí está, inexorable, y aparentemente insalvable, el art. 10.1 de la TRHA<sup>101</sup>.

## 6. A MODO DE CONCLUSIÓN

El Derecho privado ya no puede entenderse como un sistema cerrado y autosuficiente. Estamos asistiendo a un cambio de paradigma que se manifiesta en la repersonalización del Derecho, la publicización y la constitucionalización del Derecho privado. El individuo de la modernidad (sujeto de derechos abstracto) pierde espacio y lo gana la persona humana inserta en una sociedad. Para el Derecho significa todo un replanteamiento y, para el Derecho privado en concreto, un desafío, ya que debe lidiar con valores, principios –constitucionales y morales– integrándolos en sus propias construcciones. Para el contrato significa especialmente el alejamiento de una noción formal de igualdad entre los contratantes para aproximarse a una material (donde aspectos sociales y económicos de los contratantes asumen relevancia en pro de las relaciones interprivadas). Una segunda modernidad en la que los valores reivindican su puesto en un sistema abierto y axiológico.

El principio de justicia, aplicado a la biojurídica, contiene diversas propuestas que se distinguen principalmente según el principio material de jus-

<sup>100</sup> BOE n.º. 167, de 14 de julio de 2015.

<sup>101</sup> Vid. A. J. VELA SÁNCHEZ, «Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014», *Diario La Ley*, n.º 8279 (26 mar. 2014), Año XXXV.

ticia que se enfatice. Así, las teorías igualitaristas priorizan el igual acceso a los bienes y servicios que cualquier persona racional desearía, invocando generalmente como criterio, la necesidad; las teorías libertarias enfatizan el derecho a la libertad económica y social, que se proyectan en los derechos de la personalidad (el derecho a disponer del propio cuerpo y del derecho a decidir) apelando a procedimientos justos y no a resultados sustantivos; las teorías utilitaristas sostienen una mezcla de criterios para maximizar la utilidad. Por último, para las teorías procedimentalistas, los problemas éticos no son elementos relevantes, y dan primacía al cumplimiento de requisitos formales sobre la observancia de principios materiales. En definitiva, cada una de las teorías de la justicia implica visiones muy diferentes de la sociedad, de los beneficios y cargas que deben distribuirse entre sus miembros, de cómo conciliar el libre mercado y la competencia con la satisfacción de los deseos de cada ciudadano en el ámbito de la salud.

En los contratos biojurídicos conviven cuestiones controvertidas y de la mayor relevancia, tales como la dignidad y cosificación de la mujer, el derecho a la filiación del menor, contratos de objeto ilícito, el «turismo procreativo», moralidad, aspectos éticos, modelos de política y de sociedad y tantos otros. La viabilidad de los contratos biojurídicos (venta de órganos, patente sobre genes, gestación por sustitución) es objeto de amplia controversia entre sus defensores y sus detractores, que suelen recurrir, como mínimo, a un doble argumento: jurídico y moral.

Así, los defensores de este tipo de contratos (como la gestación por sustitución), desde una perspectiva moral, no se cuestionan si es lícito hacer todo lo que técnicamente es posible. Pueden argüir que un contrato, donde se han respetado los elementos formales del mismo (acuerdo entre las partes, libre consentimiento) encaja en un enfoque liberal del contrato (puede adoptar la fórmula de un contrato de arrendamiento de prestación de servicios). Cada una de las partes busca su felicidad (los comitentes, mediante la obtención del anhelado hijo, y la madre portadora, mediante la obtención de una contraprestación económica –en la mayor parte de los casos– o de una satisfacción personal). Sostienen que debe darse protección al ejercicio de derechos tales como el derecho a la libre elección, derecho a la procreación, derecho a la intimidad, la libertad de ciencia y la investigación tecnológica. Desde una perspectiva jurídica, los defensores subrayan que tal acuerdo no se encuentra prohibido expresamente y que, además, no se ha tipificado ninguna sanción al respecto.

Por su parte, los detractores de tal tipo de contratos biojurídicos argumentan, desde una perspectiva moral, que la gestación por sustitución cons-



tituye un tipo de contrato en el que se hace uso, por una parte de la técnica y, por otro, de la voluntad y consentimiento de las partes. Sin embargo, este tipo de contrato niega la dignidad esencial que corresponde al hijo, que se convierte en objeto del contrato. Olvida la intrínseca humanidad<sup>102</sup> y dignidad que le corresponde, haciendo uso de un tipo de transacción que lo acaba cosificando, convirtiendo en un elemento mercantilista. Aristóteles ya se ocupó de la justicia de los intercambios y transacciones como una forma de justicia rectificadora o conmutativa, referida a actos voluntarios como la compraventa o préstamo.

Para un paradigma de la justicia libertario, si asumimos que todo el mundo tiene derecho a los bienes que posee si los obtiene de manera legítima, entonces una distribución justa de bienes sólo puede ser aquella que resulte del libre intercambio entre personas. Sin embargo, en los contratos biojurídicos en que se negocia con partes o productos del cuerpo humano (como pueda ser un hijo/a en el caso de una GS) de que el mercado debe partir del presupuesto: la libertad de la cual dispone quien vende esos productos está bajo sospecha. Quien concurre al mercado ofreciendo las partes del cuerpo o sus productos está en una situación de inferioridad con relación al eventual adquirente, inferioridad que se acentúa según el género de la oferta (no es lo mismo ofrecer al mercado sangre o esperma –productos naturalmente renovables– que ofrecer una córnea o un riñón). En cualquier caso, se explota la vulnerabilidad lo que torna doblemente repudiable la transacción, ya que a la afrenta a la dignidad humana se une la explotación de un estado de necesidad<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Todas las declaraciones de derecho responden implícitamente al menos a esta mentalidad humanista, en cuanto dan por supuesta la identidad de ser humano y persona y asimilan expresiones como todos, todo ser humano, toda persona. Es significativo el artº 6 de la Declaración del 48, que proclama que todo ser humano tiene derecho a la personalidad jurídica, propuesta reiterada después en el artº 16 del Pacto sobre derechos civiles y políticos. El convenio del Consejo de Europa de 4.4.97 sobre derechos humanos y problemas biomédicos, firmado en Oviedo, parece responder a esta identificación al defender de toda manipulación al embrión desde la concepción. «Las partes en este Convenio –establece el artº 1– protegerán la dignidad e identidad de todo ser humano y garantizarán a toda persona, sin discriminación, el respeto de su integridad y demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina». Sobre la crítica a ciertas ambigüedades de dicho documento (*vid.* S. AMATO, *Filosofía della biogiuridica*, UIMP, Valencia, 1998, p. 41).

<sup>103</sup> Bergel, haciendo suyas algunas reflexiones de Berlinguer, advierte que «el derecho a la autonomía del cuerpo debe ser válido no sólo contra la arbitrariedad del poder político, sino también contra el poder totalizador del mercado. No es aceptable poner a las libertades fundamentales

La defensa de una regulación que admitiera la GS se apoya en que, desde un análisis sistemático axiológico del ordenamiento español, los valores y principios constitucionales deberían permitir la interpretación de permisividad: i) desde el punto de vista de la pareja que aspira a un(a) hijo(a), hacen uso del principio de libertad que les ampara en orden a establecer acuerdos sobre lo que consideran un derecho a la paternidad/maternidad; ii) desde el punto de vista de la madre portadora, persona que «presta» su útero, se destaca el valor de solidaridad en cuanto a la disponibilidad temporal de su cuerpo (derecho de personalidad) en beneficio de terceros (de forma altruista y/o a cambio de precio)<sup>104</sup>.

El «negocio» de la GS presenta –según advierte Berlinguer– probablemente las analogías más fuertes con la esclavitud: i) porque los recién nacidos son adquiridos por la pareja que hace el encargo mediante un contrato de entrega celebrado con la mujer que gestó el producto; ii) porque la mujer (portadora) que gestó el producto durante nueve meses no es libre. De hecho se obliga en el contrato a observar principios de comportamiento así como seguir tratamientos y chequeos médicos, por la obligación de entregar «el producto» en las mejores condiciones a la expiración del plazo<sup>105</sup>.

En la gestación por sustitución nos encontramos ante una transacción de actos voluntarios pero difícilmente conciliables con el criterio de justicia conmutativa. Ni a la madre que se ofrece a la gestación (generalmente a cambio de dinero, por encontrarse en una situación económica débil cuando no de necesidad) y ni al hijo, que parece ser el olvidado en este tipo de transacciones, al que se le augura un futuro de mayor bonanza económica y vida acomodada con sus nuevos progenitores, no se les está considerando como un sujeto de derechos. La igualdad que caracteriza la justicia conmutativa, no se aplica a la

---

enfrentando a una idea distorsionada del «bien común». [...] En este campo la «bioética justificativa» –tal como la denomina Berlinguer– trata de legitimar la adquisición, la venta, el alquiler y el préstamo» del cuerpo humano. Si prevaleciera esta tendencia ya no tendría límites morales el mercado y el cuerpo humano se convertiría en la «mercancía final» con el consentimiento de la profesión médica, con el permiso de la ley y con la aprobación de la filosofía». (S.D. BERGEL, «Bioética, cuerpo y mercado», cit., pp. 150-151).

<sup>104</sup> Sobre el tema *vid.* A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2, vol. 6 (octubre, 2014), pp. 147-174; F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, «Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)», *Revista Boliviana de Derecho*, 18 (julio, 2014), pp. 400-419.

<sup>105</sup> G. BERLINGUER, *Bioética cotidiana*, Siglo XXI, México 2002, p. 170.

otra parte contratante, la madre, ni tampoco al ser aún no nacido, al que se le está cosificando.

La ética deontológica kantiana, según la cual todos los individuos deben ser tratados como entes autónomos y no como medios, y que las personas que tienen su autonomía disminuida tiene derecho a la protección, sustenta la defensa de la autonomía de la persona, principalmente de aquellas en las que su autonomía y libre consentimiento pueden estar comprometidos por las peculiares condiciones (psicológicas, económicas) en que se encuentre una de las partes del contrato (la madre gestante por sustitución o, incluso, quien desee vender algunos de sus órganos).

Como en cualquier otro tipo de contratos, se abren múltiples posibilidades que ponen de manifiesto lo inadecuado de que la vida humana pueda ser objeto de contrato. Una posibilidad es que el niño, fruto de este acuerdo, nazca con una minusvalía (física o psíquica) y, entonces, los comitentes no lo quieran (consideren que el objeto del contrato es defectuoso o tiene un vicio) y la madre gestante tampoco. Otra posibilidad es que la madre gestante que, arrepintiéndose del acuerdo alcanzado con el mandante antes de la concepción, aspire a abortar y, mientras el mandante o mandantes que ostentan «derecho» contractual a que su futuro hijo sea gestado hasta término. Desde una perspectiva legal, los detractores sostienen nulidad absoluta derivada de la contravención de la prohibición de la «gestación por sustitución» y del pronunciamiento legal de que la gestante-parturienta deba ser considerada madre legal del testador.

En cambio, según el modelo de justicia liberal, no habría objeciones a la GS. «No supone de por sí tratar a las mujeres como medio para fines de otra, ni para su explotación, ni tratarlas como «esclavas». Por el contrario, afirma el principio «pro opción» según el cual una mujer debería poder elegir por ella misma cómo va a usar su cuerpo y afirma el principio de «pro vida», en que tener un niño es un bien humano fundamental»<sup>106</sup>. Sin embargo, hay que advertir que esta pretendida libertad, autonomía y capacidad negocial de las partes se presenta como «idílica» en el paradigma liberal. Así, uno de los aspectos a considerar en el ámbito de la validez de este tipo de contrato sería, en relación a la madre portadora, el de la asimetría (cultural, económica), en definitiva, la diferencia de poder de las partes a la hora de negociar; incluso, la asimetría que suele existir entre la madre portadora, por una parte, y los que

---

<sup>106</sup> L. CHARLESWORTH, *Bioethics in a Liberal Society*, Cambridge University Press, New York, 93, p. 97.

la contratan o los intermediarios que organizan el servicio (entidades privadas, gestores, abogados, centros de fecundación in vitro, etc.) por otra, en cuanto a información suministrada, privacidad, cláusulas impuestas, etc. Todo esto suele conllevar una amenaza para la autonomía y los derechos de la portadora.

Según el modelo de justicia procedimental, si se confirma que se han respetado los aspectos y requisitos formales del acuerdo, tampoco habría porqué poner objeciones. Posiblemente, una de las principales aportaciones de la justicia procedimental podría ser la de aportar la garantía de los derechos procesales de las partes, tanto de la madre gestante como del niño/a, de manera que permitiera comprobar que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor (evitando el *forum shopping*).

Por su parte, el modelo de justicia social hace hincapié en el aspecto de la solidaridad. Y ciertamente esta se incoa apoyándose en que la madre portadora colabora con el sujeto o pareja que desean ser padre/madre. Sin embargo, no deja de despertar cierta sospecha cómo se evoluciona desde la solidaridad gestacional a un contrato<sup>107</sup>.

Por último, el modelo de justicia garantista es el que podría considerarse crítico con los contratos biojurídicos, ya que tanto si prestamos atención a la madre portadora como al hijo/a, objeto del contrato, son las partes más débiles de la transacción y difícilmente se puede pensar que se haya respetado el principio de igual poder de las partes negociadoras. Con todo, esta protección del paradigma garantista de la justicia quiebra cuando debe hacer frente a una legislación que sí admite la legalidad del GS. Frente a la regulación jurídica, no cabe más que limitarse a verificar que todos los requisitos de la teoría general de la contratación, establecidos en el ordenamiento jurídico de que se trate, se han respetado.

Parece que ninguno de estos cuatro paradigmas de la justicia, a pesar de que algunos intenten, con mayor interés que otros, logran avalar plenamente la justicia de los contratos biojurídicos.

El concepto de justicia supera las teorías que apenas son jurídicas y sí son políticas y económicas. La justicia como principio, como valor jurídico, la justicia como virtud cardinal es la única que puede arrojar luz a la teoría jurídica que subyace a los contratos biojurídicos. Sin la referencia a la esfera de la moral, las diversas modalidades de justicia acaban tropezando con la esfera jurídica, a

<sup>107</sup> En relación a la problemática de la madre portadora y de la evolución desde la solidaridad gestacional al contrato, *vid.* A. APARISI y J. LÓPEZ GUZMÁN, «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», *Cuadernos de Bioética*, XXIII (2012/2<sup>a</sup>), pp. 257-258.

modo de muro infranqueable. Por tanto, no cabe más que recurrir a la Filosofía jurídica clásica, al paradigma de lo justo natural aristotélico –lo que es justo en sí mismo, por la propia naturaleza de la cosa– y a la ley natural tomista<sup>108</sup>, como aquellas que permiten aportar una fundamentación moral suficiente. Y ello porque ni el Derecho da una justificación satisfactoria (hay legislaciones que permiten determinados contratos biojurídicos GS) ni tampoco lo hacen los paradigmas de justicia que operan exclusivamente en una dimensión político-social limitada y muy dependiente de la regulación legislativa de cada país.

En definitiva, adhiriéndonos a la opinión sustentada por Rödl, entendemos que hay transacciones en la que la estructura básica del Derecho contractual no se puede aplicar de ninguna manera (como pueda ser en el caso de venta de órganos o de gestante sustituta). La vertiente legal del contrato se asienta sobre una estructura básica de moralidad. La cual, a su vez, permite consolidar la igualdad de los seres humanos (ser humano que se basa en su imprescindible libertad). La libertad de una mujer a decidir no puede obtenerse a costa de otro ser humano que también tiene su dignidad –y su derecho de filiación y otros derechos–. Ello nos hace defender la necesidad de buscar una alternativa a la comprensión liberal del derecho contractual. El ámbito de la biojurídica puede ofrecer una buena base para cuestionar, interrogarse y empezar a asentar los pilares de esta construcción.

En esta perspectiva debemos seguir trabajando en cultivar el acercamiento entre el Derecho Privado (autonomía de la voluntad) y el Derecho Público (ligado a nociones como la de bien común u orden público), que de seguro redundará en el diseño de un marco de diálogo fértil para que temas controvertidos, como los contratos biojurídicos, puedan ser objeto de reflexión y serio análisis conjuntamente, tanto desde parámetros propios de la teoría de la contratación como de la teoría de la justicia.

---

<sup>108</sup> Santo Tomás, a partir de la clasificación de la ley que establece y, recogiendo una tradición filosófica anterior al cristianismo, define la ley natural como «*participatio legis aeternae in creatura rationali*» (S. TOMÁS, *S.Th.*, 1-2, 91,2). Con esto, la expresión ley natural adquiere un sentido moral, porque sólo los seres racionales y libres son capaces de esa participación. La ley natural lo es porque comprende preceptos que están en la misma naturaleza del hombre y, además, porque puede ser conocida con la sola luz de la razón. En la práctica moral, la ley natural es un continuo criterio de referencia. El contenido de la ley natural es el conjunto de derechos y deberes que derivan de la naturaleza humana y son, por tanto, comunes a todos los hombres. En este contenido se suelen distinguir unos *primeros principios*, que todos conocen con evidencia y que pueden reducirse al primario y fundamental «debe hacerse el bien y evitar el mal». Es un principio criticado por tautológico pero de gran profundidad.

